Heft 42 [2633] 67. Jahrgang 15. Oktober 1938

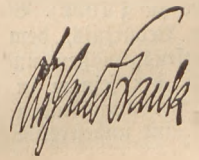
Juristische Wochenschrift

Organ der Reichsgruppe Rechtsanwälte des NS. Rechtswahrer-Bundes
Herausgegeben von dem Reichsgruppenwalter, Rechtsanwalt Dr. H. Droege

Deutsche Rechtswahrer!

Das ewige Recht der Völker vollstreckend hat unser Führer die geschichtliche Tat der Heimholung unserer ostmärkischen Volksgenossen mit der Wiedervereinigung des Sudetenlandes mit dem Deutschen Reich gekrönt. In diesem weltgeschichtlich unvergleichlich großartigen Augenblick deutschen Erlebens kann der Nationalsozialistische Rechtswahrerbund sein zehnjähriges Bestehen feiern. Am 11. Oktober 1928 hat der Führer der Nationalsozialistischen Deutschen Arbeiterpartei Adolf Hitler in einem schon damals viel beachteten Aufruf die Gründung des Bundes Nationalsozialistischer Deutscher Juristen bestätigt und die deutschblütigen Juristen und Volkswirte aufgerufen, sich diesem Bund zur Unterstützung des Kampfes der Bewegung um die Freiheit des deutschen Volkes und zur Durchsetzung des nationalsozialistischen Parteiprogramms anzuschließen. Diesem Rufe des Führers der NSDAP. folgten bis zur Machtübernahme durch den Nationalsozialismus nur etwas über tausend Juristen. Aber das war angesichts der damaligen Justizzustände in Deutschland schon ein uns Nationalsozialisten überraschender und nützlicher Erfolg. War doch diese damals sich zusammenfindende Schar nationalsozialistischer deutscher Juristen eine wahrhaft fanatische Rechtskämpfergarde des Führers, deren Geist der nationalsozialistischen Bewegung in der Zeit des schwersten Kampfes wertvollste Rechtsdienste zu leisten vermochte, die den Tausenden und aber Tausenden wegen ihres Kampfes für die NSDAP. verfolgten Parteigenossen vor den Gerichten Hilfe leistete und das rechtspolitische Wollen der Partei in allen Ausstrahlungen mit energischer Tatkraft und ideeller Entschlossenheit vorwärtstrieb. Ungebrochen hat sich dieser kämpferische Geist der Gründer des Nationalsozialistischen Rechtswahrerbundes allen reaktionären Versuchen gegenüber in der Kampfzeit der Bewegung durchgesetzt. Er war es, der dem deutschen Volk nicht zuletzt die Hoffnung gab, daß aus der Durchsetzung des nationalsozialistischen Parteiprogramms heraus die Rechtszustände unseres Volkes wieder der Größe unseres völkischen Rechtsgewissens gerecht werden würden, eine Tat, die dann auch die unselige Kluft zwischen Justiz und Volk endlich einmal schließen sollte. Diese fanatische Entschlossenheit einer kleinen Gruppe in den stürmischen Zeiten unseres Kampfes um die Macht des Führers in Deutschland schuf die Möglichkeit, nach dem 30. Januar 1933 den unvergleichlichen, in der Rechtsgeschichte unseres Volkes erstmaligen restlosen Zusammenschluß aller deutschen Rechtswahrer in einer Organisation durchzuführen. Heute nach 10 Jahren Kampf kann ich, der ich vom Führer in seinem damaligen Aufruf die Vollmacht zur Organisierung des deutschen Rechtslebens in ideeller und ständischer Beziehung erhalten habe, mit Genugtuung aussprechen, daß die deutschen Rechtswahrer sich heute ohne Unterschied ihrer beruflichen Spezialaufgaben zum Dienste Adolf Hitlers und des von ihm geschaffenen Großdeutschen Reiches bekennen. Die deutschen Richter, Staatsanwälte, Rechtsanwälte, Notare, Rechtspfleger, Rechtswahrer der Verwaltung, die Jungen Rechtswahrer, die Wirtschaftsrechtler, die Hochschullehrer des Rechts, sie alle haben sich in engster Verbindung mit allen Schichten des deutschen Volkes zusammengefunden, um eine 300jährige Verfallsperiode der deutschen Rechtszustände durch den weitschauenden Aufbau einer unzerstörbaren Rechtsordnung des Reiches abzulösen. Heute steht der Nationalsozialistische Rechtswahrerbund als angeschlossener Verband der NSDAP. unzerreißbar verbunden mit der gesamten politischen Organisation des deutschen Volkes, heute steht der Jurist nicht mehr abseits, in ständisch-akademischen Zirkeln über volksfremde Abstraktionen brütend, sondern mitten im großen Erlebnis der kameradschaftlichen nationalsozialistischen Volksgemeinschaft unseres durch Adolf Hitler frei gewordenen Deutschtums. Denkmethoden und Praxisübungen, während langer 300 Jahre eingefilzt, lassen sich in 10 Jahren nicht in allen Auswirkungen beseitigen. Die Aufgabe des Nationalsozialistischen Rechtswahrerbundes wird es daher auch künftig sein, den Kampf um die Befreiung des deutschen Rechts und der deutschen Rechtspraxis von allen undeutschen und insbesondere jüdischen Verfallserscheinungen lebendig zu erhalten. Von besonderer Wichtigkeit ist dabei die Erziehung der Rechtswahrerjugend zu jenem Typ entschlossenen nationalsozialistischen Rechtswahrertums, der für alle Zeiten so wie der kämpfende SA.- und SS.-Mann in die Geschichte des Kampfes der NSDAP. eingegangen ist. Wir nationalsozialistischen Rechtswahrer heben nach 10 Jahren Aufbauarbeit des deutschen Rechtslebens stolz unser Rechtswahrerzeichen als Standarte unserer Kampftruppe empor. Hinter diesem Zeichen des kampfentschlossenen Adlers, der auf dem Schwert der Selbstverteidigungsbereitschaft unseres großen Deutschen Reiches die ausgleichende Waage nationalsozialistischer Gerechtigkeitsübung hält, wollen wir in die Zukunft der nationalsozialistischen Rechtsentwicklung marschieren. Als Deutsche hat uns der ewige Herrgott auf diese Erde berufen, als Nationalsozialisten haben wir uns entschlossen, dem Führer der Deutschen mit all unserer Kraft und all unserer Liebe zu dienen, als Rechtswahrer wollen wir den Nationalsozialismus zum glücklichsten Gemeinschaftserlebnis unseres Volkes gestalten. Daher appelliere ich an Euch, Ihr Rechtswahrerkameraden, indem ich Euch im Namen des Führers und der nationalsozialistischen Bewegung für Eure Treue zur Rechtsidee des Nationalsozialismus und Eure einsatzbereite Opferfreude danke, indem ich allen Amtswaltern des Rechtswahrerbundes meine Anerkennung für ihre Dienstleistung zum Ausdruck bringe, sich auch fernerhin zu unserer Parole zu bekennen:

Durch Nationalsozialismus dem deutschen Volke das deutsche Recht. Es lebe der Führer, der größte Gesetzgeber unseres Volkes, es lebe unsere herrliche Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei, und es lebe das Großdeutsche Reich Adolf Hitlers!



Eintritt des Erben in pflichtbelastete Rechtslagen des Erblassers

Bemerkungen zu dem Urteil des LG. Freiburg vom 11. März 1938 in JW. 1938, Heft 28/29, 1819 ff.

Von Professor Dr. Gustav Boehmer, Marburg, Mitglied der Akademie für Deutsches Recht

1. Der dem Urteil des LG. Freiburg v. 11. März 1938 zugrunde liegende Fall hat endlich einmal auch der Rechtsprechung Gelegenheit geboten, zu einer theoretisch und praktisch gleich wichtigen Einzelfrage eines in der Rechtswissenschaft seit langem untersuchten und in den Hauptpunkten einheitlich behandelten Fragenkreises Stellung zu nehmen, den ich in meinem Beitrag zur Reichsgerichts-Festgabe der Juristischen Fakultäten 1929 (RGPraxis III, 216—316) mit einem wohl etwas „unjuristischen" Ausdruck, der aber m. E. die Eigenart des Problems am besten charakterisiert, als „Übergang des Pflichtlebens des Erblassers auf den Erben" bezeichnet habe. Und zwar ist der Fall darum besonders interessant und seine im Ergebnis durchaus zutreffende Lösung besonders wertvoll, weil es sich dabei um einen der zwar tatsächlich häufigen, in der Rechtsprechung aber verhältnismäßig selten auftretenden rechtlichen Vorgänge handelt, die in jene eigenartige Übergangszeit zwischen dem „Rechtsleben" des Erblassers und dem des Erben fallen, die ich schon in „Erbfolge und Erbenhaftung", 1927, S. 28 bis 30, 112 f., 124 f. erörtert, in RGPraxis III, 261—316 unter der Überschrift „Zwischen zwei Rechtsleben" eingehender untersucht und bei Staudinger V Bem. 213 bis 232 zu § 1922 (S. 270—282) zusammenfassend dargestellt habe.

2. Daß die Erbfolge des BGB. sich nicht in einer schlichten Übernahme der durch die Person des Erblassers als Rechtssubjekt zusammengehaltenen (s. zu diesem „subjektiven" Vermögensbegriff Staudinger V Bem. 68 zu § 1922), zur vollen Entstehung gelangten Vermögensrechte und der auf diesen als „Lasten" haftenden fertigen und vollendeten Verbindlichkeiten erschöpft, sondern der Eintritt eines oder mehrerer neuer Rechts- und Pflichtträger in die Gesamtheit der rechtlichen Beziehungen des Verstorbenen ist, soweit diese nicht an dessen individuelle Person geknüpft sind und daher mit seinem Tode erlöschen, ist heute wohl allgemein anerkannt und ein Grundthema meiner erbrechtlichen Schriften gewesen (s. bes. „Erbfolge und Erbenhaftung" S. 25 bis 31, 97—105; RGPraxis III, 216 f., 247—261; Staudinger V Einl. § 30 Bem. 23—30, § 1922 Bem. 81 [bes. 87] bis 98, 122, 149—232, bes. 188—196 und 213 bis 232). Diese anscheinend „personalistische" Auffassung, die in der Erbfolge eine „Fortsetzung des nicht höchstpersönlichen Rechts- und Pflichtlebens des Erblassers" erblickt, bedeutet aber nicht, wie ich schon in RGPraxis III, 218 betont habe, einen Rückfall in den ebenso abgeschmackten wie undeutschen Mystizismus einer „transzendenten Unsterblichkeits- oder Seelenwanderungslehre im juristischen Gewand" (Ausdrücke von Endemann, Lehrbuch III 1 S. 9, 15, 31, 33, 71), wie sie besonders in gewissen geschichtlich verfehlten, den eigentlichen Sinn der römischen Erbfolge durchaus mißverstehenden „Theorien" auftrat, so in der Lassalleschen Lehre von der „Willensunsterblichkeit" des Erblassers („System der erworbenen Rechte, 2. Teil: das Wesen des römischen und germanischen Erbrechts in historisch-philosophischer Entwicklung" 1861) und, wenn auch in weniger phantastischer Form, in der zuerst von Puchta (Pand. § 446) und Huschke (Rhein. Museum VI Nr. 8) vertretenen, später von Mitteis (RömPrR. 1908, I, S. 93 ff., bes. 96, 106) und Sohm (Institutionen, 14. A., § 108 S. 681 f.) geläuterten „Identitätslehre" von der „Persönlichkeitsfortsetzung" (s. dazu und zu ihrer Widerlegung Staudinger V Bemerkung 100—102 zu § 1922). Vielmehr entspringt sie dem höchst realistischen Bedürfnis, dem rechtlichen Vorgang der Erbfolge einen wesensgemäßen und wahrheitsgetreuen Ausdruck zu verleihen, der seinem in unserer heutigen Rechtsordnung positivierten umfassenden Bedeutungsgehalt gerecht wird. Denn es ist eine unbestreitbare Tatsache, daß einerseits zu dem „Vermögen" des Erblassers, das nach § 1922 als ganzes auf den Erben übergeht, nicht nur vollendete einzelne Vermögensrechte, sondern auch alle auf die Vermögensgüter des Verstorbenen bezogenen Rechtslagen, Anwartschaften, bedingten und künftigen Rechte, Bindungen, Lasten und Haftungslagen gehören, und daß andererseits diese erbrechtliche Grundnorm des § 1922 durch eine bunte Fülle einzelner Vorschriften sowohl des BGB. selbst wie anderer Gesetze, des HGB., GenG., VVG., der ZPO., VergleichsO., KO., des ZwVerstG., FGG., StGB. und der StPO. u. a. m., teils erläutert, teils ergänzt, teils eingeschränkt wird (s. dazu den Überblick bei Staudinger V Einl. § 30 Bem. 24—36 und die Einzelausführung in Bem. 149—232 zu § 1922). Es ist hier nicht der Ort, auf diese Spannweite des § 1922 und ihre Ausdehnung durch alle diese Einzelnormen näher einzugehen, zumal dies in Lehrbüchern und Erläuterungswerken ausreichend geschehen ist. Hinweisen möchte ich nur auf die wichtigsten ergänzenden Sonderbestimmungen, die uns hier in erster Linie interessieren: so auf den § 857, der den Besitz (das gleiche gilt für andere Rechtsscheinstellungen wie besonders den „Buchbesitz" des fälschlich Eingetragenen aus §§ 891, 892, siehe Staudinger V Bem. 196 zu § 1922), den § 858 Abs. 2, der die Qualität der Fehlerhaftigkeit des Besitzes (entsprechendes gilt für den sog. Deliktsbesitz des § 992), die §§ 943 u. 221, die die Ersitzungs- und Verjährungslage, die §§ 130 Abs. 2, 153, 185 Abs. 2 Satz 1 Fall 1 u. 3, 791, 794 Abs. 2, 873 Abs. 2, 875 Abs. 2, die die Rechts- und Bindungslage aus begonnenem, noch nicht vollendetem oder noch nicht voll wirksamem rechtsgeschäftlichen Verkehr (entsprechendes gilt für die schwebende Wirksamkeit gewisser formloser Verträge, die erst durch Leistungsbewirkung gültig werden, wie in §§ 313 Satz 2, 518 Abs. 2, 766 Satz 2; s. Staudinger V Bem. 222 zu § 1922), die §§ 168 Satz 1 BGB., 52 Abs. 3 HGB., 86 ZPO., die die Rechts- und Bindungsstellung des Vollmachtgebers, die §§ 11 Abs. 1 AnfG. und 40 Abs. 1 KO., die die Rechtslage des Empfängers anfechtbarer Leistungen, die §§ 239, 325, 779 ZPO., die die durch Prozeßbeteiligung, rechtskräftiges Urteil und begonnene Zwangsvollstreckung geschaffene rechtliche Situation für vererblich erklären. Auf einige dieser Fälle wird unten noch einzugehen sein. Im übrigen kann ich auf meine näheren Ausführungen bei Staudinger V Bem. 188 bis 196, 216—232 zu § 1922 verweisen.

Ich will es mir andererseits hier versagen, obwohl eine Bemerkung des landgerichtlichen Urteils dazu Anlaß böte, nochmals den Beweis dafür zu erbringen, daß der Begriff des „Vermögens" in § 1922 nicht auch die persönlichen Verbindlichkeiten als solche umfaßt, d. h. die Leistungs- und Einstandspflichten des Schuldners zu eigenem Tun, Unterlassen oder Dulden, da diese in ihrem eigentlichen „primären" Schuldinhalt persönliche Willensbindungen des Verpflichteten und nicht etwa „Belastungen" oder gar „negative Bestandteile" seines Vermögens sind, und daß erst die Sondernorm des § 1967, ergänzt durch § 2058, den Eintritt der Erben auch in diese Pflichtbindungen schafft. Ich kann mich auch hierfür auf meine wiederholten Ausführungen in „Erbfolge und Erbenhaftung" S. 27 f., 93—98, RGPraxis III, 231—261, Staudinger V Einl. § 30 Bem. 28 und § 1922 Bem. 77—86, 95—97 beziehen. Im übrigen ist es vom Standpunkte der Rechtsprechung aus eine „rein akademische" Frage ohne praktische Bedeutung, ob die persönliche Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten schon aus § 1922 oder erst aus § 1967 hergeleitet werden kann. — Uns interessiert hier eine andere Frage: das Einrücken des Erben in rechtliche Lagen, insbesondere in Pflicht-, Bindungs- und Haftungslagen, deren Entstehungstatbestand zwar seinem entscheidenden rechtlichen Grunde

nach noch in die Lebenszeit des Erblassers fällt, sich aber erst nach seinem Tode vollendet und zu endgültigen Rechtswirkungen führt. Das ist das Problem der Rechtsvorgänge „zwischen zwei Rechtsleben", die den „Eintritt des Erben in pflichtbelastete Rechtslagen des Erblassers" zum Inhalt haben.

3. Der Tod unterbricht das Rechtsleben des Menschen in dem Zustande, in dem sich seine sozialen Beziehungen zur Mitwelt, die rechtlich erheblich sind, zufällig gerade befinden. Diese können „fertige", abgeschlossene Rechtsverhältnisse sein, aber auch „unfertige", erst werdende Rechtsbeziehungen, deren Begründungstatbestand zwar schon begonnen hatte, aber noch nicht vollendet war. Ihr Entwicklungszustand kann sehr verschieden sein. Von den ersten Anfängen eines rechtsgeschäftlichen Verkehrs oder sonstiger Rechtshandlungen und Rechtslagen, insbesondere auch solcher, die als vollendete dem Erblasser eine Verantwortlichkeit und Schadensersatzpflicht auferlegt hätten, bis zu ihrem Abschluß ist oft ein weiter Weg: die Rechtssprache hat für solche Fälle den Ausdruck „gestreckter Tatbestand" geprägt. So kann ein vom Erblasser beabsichtigter rechtsgeschäftlicher Verkehr bei seinem Tode erst dadurch vorbereitet sein, daß er einen anderen damit beauftragt (§ 672) oder bevollmächtigt (§ 168) oder zu dessen Verfügungsakt seine Einwilligung (§ 185 Abs. 1) gegeben hatte. Oder es kann der vom Erblasser ausgehende oder an ihn gerichtete Vertragsantrag zwar beim Tode schon abgefaßt, aber noch nicht abgesandt oder doch noch nicht angekommen sein, und in denselben Entwicklungsstadien kann sich die Annahmeerklärung des Vertragsgegners oder des Erblassers befinden (§§ 130 Abs. 2 u. 153, die aber nur Anträge des Erblassers betreffen). Der Vertragsabschluß kann schließlich als solcher schon vollendet sein, aber zu seiner endgültigen Wirksamkeit noch des Eintritts einer Bedingung (§ 158 Abs. 1), der Genehmigung eines Dritten (z. B. §§ 108, 177, 185 Abs. 2, 1396 u. a. m.), der Entstehung oder Trennung der verkauften Früchte oder Bestandteile (§ 956) oder einer sonstigen „Wirksamkeitsvoraussetzung" (s. Oertmann, „Rechtsbedingung" S. 14) bedürfen. Ebenso kann bei sonstigen Rechtshandlungen zwar diese selbst schon ganz oder z. T. vom Erblasser vorgenommen sein, aber der Erfolg, z. B. die Verletzung des fremden Rechtsguts (§§ 823 ff.), der Eintritt des Schadens (§ 826), die Verwirklichung der ungerechtfertigten Vermögensverschiebung (§§ 812 ff.), der Vollzug der Verbindung, Vermischung, Verarbeitung (§§ 946—950), die Geburt des vom Erblasser erzeugten unehelichen Kindes (§ 1712 Abs. 1 Satz 2) usw., sich erst nach seinem Tode vollenden. In allen diesen Fällen ist Grundsatz, freilich nicht ausnahmsloser, daß die Erben in diese werdenden oder schwebenden Rechtsbeziehungen, soweit sie nicht höchstpersönliche Angelegenheiten des Erblassers betreffen, eintreten und sie als solche fortsetzen, und daß die endgültigen Rechtswirkungen sich in ihrer Rechtssphäre vollziehen (zitiert im Anschluß an Staudinger-Boehmer V S. 272/73).

Dieser Komplex von erbrechtlichen Vorgängen kann allerdings, was vorausgeschickt sein mag, keinesfalls damit erklärt werden, daß der Erblasser seinerseits noch über seinen Tod hinaus als weiterhandelndes Subjekt betrachtet wird, das rechtsgeschäftlich oder deliktisch tätig bleibe und daher selbst daraus berechtigt, verpflichtet und haftbar werde. Diese seltsame Fiktion einer „postumen" Fortwirkung des Rechtslebens des Verstorbenen, die im gemeinrechtlichen Schrifttum z. T. als juristische Erklärung der, heute mit dem Anfallgrundsatz des § 1942 verschwundenen, hereditas jacens, d. h. des zwischen den Tod und die Annahme der Erbschaft sich einschiebenden Schwebezustandes, in dem der Nachlaß nach damaligem Recht sonst subjektlos erschienen wäre, verwendet wurde, ist zwar auch aus der Literatur zum BGB. noch nicht völlig verschwunden. So hat besonders Endemann, der sich im übrigen um die wissenschaftliche Klärung grundlegender erbrechtlicher Begriffe, wie des Vermögens und der Gesamtrechtsnachfolge, in seinem großen Lehrwerke des bürgerlichen Rechts sehr verdient gemacht hat, immer wieder mit zäher Beredsamkeit versucht (s. bes. III 1 S. 210—223), in den mannigfachen Fällen, in denen ein rechtsgeschäftlicher Verkehr schon vor dem Tode eingeleitet oder begonnen war, den Erblasser auch noch nach seinem Ableben als rechtlich maßgebende Vertragspartei zu behandeln. Ja, er will sogar dieser „Nachwirkung" der Persönlichkeit die geradezu magische Zauberkraft zuschreiben, daß auch die Gegenstände, auf die sich der Rechtsverkehr bezieht, nach dem Tode eine vom Nachlaß getrennte und daher der Zuständigkeit der Erben entzogene Sonderexistenz führen, so daß sie der eigenen „über das Leben fortwirkenden Rechtsmacht des Erblassers vorbehalten" und somit „seine eigenen Rechte" bleiben (S. 210, 211, 214, 220). Das soll nicht nur dann gelten, wenn er selbst noch das Rechtsgeschäft begonnen, also den Antrag „abgegeben" (§ 130 Abs. 2) oder zugestellt (§ 153), sondern selbst dann, wenn er seinerseits nur eine über seinen Tod hinaus wirkende Vollmacht (§ 168 i. Verb. m. § 672) zum Abschluß des Hauptgeschäfts erteilt hatte: in allen diesen Fällen soll noch er Vertragspartei, also im Falle der Vollmacht der „Vertretene" sein, „in dessen Namen und für dessen Rechte der Vertreter handelt" (S. 219), und der Gegenstand des Geschäfts noch als ihm gehörig und seiner Rechtsmacht unterworfen gelten. Es bedarf keiner Begründung, daß diese doppelte Fiktion eines postumen Weiterlebens des Erblassers sowohl als dominus negotii wie als dominus rei (eine Auffassung, in der er übrigens kürzlich in F. Leonhard, JheringsJ. 86, 1 ff., bes. 27 ff., z. T. einen Nachfolger gefunden hat) unserem rechtlichen Denken unvollziehbare Vorstellungen zumutet und in das sonst gerade von Endemann so unnachsichtig ironisierte Fabelreich der erbrechtlichen „Unsterblichkeitsmystik" gehört (s. dazu schon RGPraxis III, 300 f. u. 309 f.; Staudinger V Einl. § 27 Bem. 11 und § 1922 Bem. 218 u. 224—226). Man braucht nur wenige Folgerungen aus ihr zu ziehen, um ihre Unhaltbarkeit zu erkennen. Wäre der Verstorbene weiter als rechtsgeschäftlich Handelnder anzusehen, so müßte logischerweise auch an ihn, nicht an seine Erben, im Falle der §§ 130 Abs. 2, 153 die Annahmeerklärung des Vertragspartners oder, wenn er z. B. als falsus procurator gehandelt (§ 177) oder als Nichtberechtigter verfügt hat (§ 185), die Genehmigung oder Nichtgenehmigung des Vertretenen oder Berechtigten erklärt werden. Käme es zum Prozeß, so müßte in seinem Namen (von wem?) geklagt und er (vertreten durch wen?) verklagt werden; auch wenn das Geschäft durch einen Bevollmächtigten geschlossen war, würde der Richter genötigt sein, eine Klage für oder gegen den Verstorbenen entgegenzunehmen und über sie zu entscheiden. War der Erblasser in der Geschäftsfähigkeit beschränkt oder eine im gesetzlichen Güterstande lebende Ehefrau, so müßten auch seine Erben weiter dulden, daß der gesetzliche Vertreter oder der Ehemann der verstorbenen Vertragspartei über die Wirksamkeit des Geschäfts nach §§ 108, 1396 entscheidet, obwohl dieses materiell lediglich die Erben angeht, über die dem Muntwalt oder Ehemann keine Fürsorge- und Aufsichtsgewalt zusteht. Und umgekehrt würde, wenn z. B. der geschäftsfähige Erblasser Vollmacht zum Verkauf eines Grundstückes erteilt hatte und vor Abschluß des Kaufvertrages stirbt, nach der Endemannschen Auffassung, die er sogar für diesen Fall besonders unterstreicht (S. 222), der Bevollmächtigte auch dann selbständig den Vertrag schließen können, wenn die Erben minderjährig sind und daher selbst zum Verkauf der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedurft hätten, m. a. W. befugt sein, diesen das nunmehr ihnen gehörige Grundstück unter Ausschaltung der Sachprüfungs- und Eingriffsbefugnis der vormundschaftlichen Aufsichtsbehörde zu entziehen (s. zu diesen und ähnlichen Fragen des Einflusses verschiedener Geschäfts- oder Verfügungsfähigkeit bei Erblasser und Erben die näheren Ausführungen in RGPraxis III, 269—274 und bei Staudinger V Bem. 221—225 zu § 1922).

Das alles sind unannehmbare Folgen, die auch die praktische Unhaltbarkeit dieser Konstruktion beweisen. In Wahrheit sind mit dem Tode des Erblassers nicht nur die Gegenstände des rechtsgeschäftlichen Verkehrs, soweit sie dem Erblasser gehörten und daher Bestandteile des Nachlasses sind,

auf die Erben übergegangen, sondern diese sind auch als Vertragspartei in die Rechts- und Bindungslage eingerückt, in der der Erblasser sich im Augenblicke seines Ablebens befand. Insbesondere haben im Falle einer Vollmacht sie nunmehr die Rechtsstellung des Vollmachtgebers und Vertretenen. Ob und wann sie die Vollmacht widerrufen können, ist eine ebenso wichtige wie umstrittene Frage, auf die einzugehen hier nicht möglich ist: es sei auch hierfür auf RGPraxis III, 310 f. und Staudinger V Bem. 226 zu § 1922 verwiesen. Daß auch das BGB. die hier vertretene Auffassung zugrunde legt, zeigt sich besonders in der Vorschrift des § 185 Abs. 2 Satz 1 Fall 3. Hier gibt der Gesetzgeber unzweideutig zu erkennen, daß nach dem Tode des rechtsgeschäftlich Handelnden, selbst wenn das Geschäft als solches schon fertig abgeschlossen, aber nur noch mangels Genehmigung des Berechtigten in der Wirksamkeitsschwebe war, nicht der Erblasser, sondern der Erbe als Träger der rechtsgeschäftlichen Verfügung gilt. Hatte nämlich der Erblasser als Nichtberechtigter über einen Gegenstand verfügt, der zufällig gerade dem Erben gehört, so rückt dieser, sobald er durch den Verlust seines Haftungsbeschränkungsrechts die Befugnis eingebüßt hat, den Rechtsbereich des Erblassers von dem seinigen zu trennen und die persönliche Verantwortlichkeit für dessen Handlungen abzulehnen, in die von dem Verstorbenen geschaffene Bindungslage ein und wird so behandelt, als habe er selbst die Verfügung getroffen: daher wird diese, da er selbst Eigentümer des Gegenstandes ist, ipso jure wirksam und bedarf nicht noch seiner Genehmigung, die gemäß § 185 Abs. 2 Satz 1 Fall 1 erforderlich wäre, wenn der Erblasser seinerseits weiter als Verfügender behandelt würde (siehe dazu Erbfolge und Erbenhaftung S. 29, RGPraxis III, 301 und Staudinger V Bem. 218 zu § 1922). Gehörte der Gegenstand nicht dem Erben, sondern einem Dritten, so hängt natürlich die Wirksamkeit der Verfügung von dessen Genehmigung ab: aber die Folgen der Genehmigung oder Nichtgenehmigung treffen auch hier den Erben, so z. B. die Herausgabepflicht aus § 816 oder die Schadensersatzpflicht aus § 823.

4. Ist somit in allen diesen Fällen, in denen der Erbe in eine vom Erblasser eingeleitete oder begonnene rechtsgeschäftliche Verkehrslage eintritt — und dasselbe gilt, wie gezeigt werden wird, auch für deliktische und sonstige Haftungslagen —, nicht mehr der Verstorbene, sondern der Lebende Träger der bisher für den Erblasser entstandenen Anwartschaften, Bindungen und Pflichtlagen und daher bei rechtsgeschäftlichem Verkehr das zur Fortsetzung und Vollendung des Abschlußtatbestandes berechtigte und verpflichtete Subjekt, so besteht andererseits kein Zweifel, daß die Verpflichtungen, die sich aus dem vollendeten Tatbestand ergeben, den Erben grundsätzlich nur in seiner Eigenschaft „als solchen" treffen (§ 1967), da sie allein auf die rechtsgeschäftliche Initiative des Erblassers zurückzuführen sind und daher ihren „Rechtsgrund" ausschließlich noch in dessen Person und dessen Rechtsleben haben. Es sind also „vom Erblasser herrührende" Verbindlichkeiten i. S. des § 1967.

a) Das ist von großer praktischer Bedeutung für eine Frage, über die das Urteil des LG. Freiburg keine näheren Erwägungen anstellt, wohl weil es ihre Lösung im konkreten Falle für nicht zweifelhaft hielt, die aber für die wissenschaftliche Klärung des Gesamtproblems von entscheidender Wichtigkeit ist. Gerade für Verbindlichkeiten, deren Entstehung in jene eigenartige Übergangszeit „zwischen zwei Rechtsleben" fällt, ist es bisweilen schwer zu entscheiden, ob der für ihre Begründung maßgebende Teil des Entstehungstatbestandes ausschließlich noch der Lebens- und Rechtssphäre des Erblassers oder auch schon der des Erben angehört. Das ist durch die Eigenart des Problems bedingt: der Übergang der Gesamtheit der mit einer Person verknüpften rechtlichen Beziehungen aus dem Bereiche des bisherigen Rechts- und Pflichtträgers in den des Nachfolgers vollzieht sich nicht überall in klaren und scharfen Formen und schafft einen Zwischenzustand mit flüssigen Grenzen. Daher ist es wohl möglich, daß solche Verbindlichkeiten zwar ihrem primären Rechtsgrunde nach noch in die Rechtswelt des Verstorbenen fallen, weil die Veranlassung zu ihrer Entstehung in dessen Lebenszeit liegt, daß aber daneben auch der Erbe durch eigenes selbstverantwortliches Handeln einen Schuldgrund setzt, der als solcher für sich allein genügen würde, um die Verbindlichkeit ins Leben zu rufen. Dann kann aber von einer „reinen" Nachlaßverbindlichkeit, die ausschließlich „vom Erblasser herrührt", nicht mehr die Rede sein. Denn nur soweit und solange der Erbe die vom Erblasser überkommenen Rechtsverhältnisse und Rechtslagen lediglich als „Verlängerung der toten Hand", d. h. als Liquidator des abgeschlossenen Rechtslebens einstweilen fortsetzt, sind die für ihn entstehenden Verbindlichkeiten noch als allein vom Erblasser herrührend zu betrachten. Sobald er dagegen bei Erledigung solcher Angelegenheiten oder bei Erfüllung sonstiger ihm vom Gesetz auferlegter erbrechtlicher Aufgaben sich selbständig in einer Weise betätigt, die ihn auch dann persönlich „unter Lebenden" verpflichten würde, wenn er nicht Erbe wäre, kann neben der Sonderhaftung des Nachlasses, die auch hier bestehen bleiben muß, da die Schuld aus Veranlassung des Erbfalls und im Rahmen erbrechtlicher Angelegenheiten begründet ist, der Erbe sich der eigenen Verantwortlichkeit für sein Handeln nicht entziehen und muß die daraus entstehenden Verbindlichkeiten nach den allgemeinen Regeln des Schuldrechts auch als persönliche Verpflichtungen auf sich nehmen. Und schließlich muß früher oder später einmal der Zeitpunkt eintreten, wo das Rechtsleben des Erben jede kausale Verbindung mit dem des Erblassers verliert und die eigene individuelle Lebenssphäre des Erben beginnt: von diesem Augenblicke an können auch seine Verbindlichkeiten nur noch gewöhnliche Eigenschulden sein, die nicht mehr zugleich den Charakter von Nachlaßschulden tragen. So ergeben sich aus dieser Übergangszeit drei Arten von Verbindlichkeiten des Erben: reine Nachlaßschulden, die ausschließlich vom Erblasser herrühren, oder die durch Gesetz oder Verfügung von Todes wegen als Sonderlasten dem Nachlaß auferlegt sind, wie besonders Pflichtteile, Vermächtnisse, Auflagen, gesetzliche Vermächtnisse (§§ 1932, 1969), Erbschaftsteuerschuld; gemischte Nachlaß- und Erbenschulden, die ihren Entstehungsgrund sowohl im Rechtsbereiche des Erblassers wie in dem des Erben haben, und für die ich daher den — inzwischen in der Wissenschaft anerkannten — Namen „Nachlaß-Erbenschulden" vorgeschlagen habe (Erbfolge und Erbenhaftung S. 114; RGPraxis III, 264; Staudinger V Bem. 214 zu § 1922); und reine Eigenschulden des Erben.

b) Der Unterschied der drei Gruppen ist von größter praktischer Tragweite sowohl für die Pflichtstellung des Erben wie für die Rechtsstellung des Gläubigers. Nur wenn eine Verbindlichkeit reine Nachlaßschuld ist, nimmt sie an der doppelten Sonderbehandlung teil, die durch die §§ 1970—2017 i. Verb. m. §§ 778—785 ZPO., §§ 214 bis 235 KO., § 113 VerglO. geschaffen worden ist, d. h., kurz gesagt, einerseits an der die Pflichtstellung des Erben erleichternden Beschränkbarkeit der Haftung auf den Nachlaß durch Nachlaßverwaltung, Nachlaßkonkurs, Nachlaßvergleichsverfahren (§§ 1975 ff., § 113 VerglO.), Vollstreckungspreisgabe (§§ 1990—1992), Gläubigeraufgebot und -ausschlußfrist (§§ 1970—1974) sowie an der einstweiligen Haftungshemmung durch die aufschiebenden Einreden der §§ 2014 bis 2017 i. Verb. m. §§ 782, 783 ZPO. und Haftungsbeschränkung durch Einrede des Miterben bei ungeteilter Erbengemeinschaft (§ 2059 Abs. 1); andererseits an der die Rechtsstellung des Gläubigers begünstigenden sog. Haftungssonderung, d. h. der geordneten Sonderbefriedigung aus dem Nachlaß durch Nachlaßverwaltung, Nachlaßkonkurs und Nachlaßvergleichsverfahren, unter Ausschluß der reinen Eigenschulden des Erben (§§ 1981 Abs. 2, 1984 Abs. 2, § 784 Abs. 2 ZPO., §§ 215, 217, 221, 226 KO., § 113 VerglO.). Sobald wir es dagegen mit jener zwitterhaften Mischform der Nachlaß-erbenschuld zu tun haben, die entsprechend ihrer doppelten tatsächlichen Entstehungsgrundlage auch eine rechtliche Doppelstellung einnimmt und sowohl als Nachlaßverbindlichkeit wie als Eigenschuld des Erben zu behandeln ist, bleibt zwar für

den Gläubiger das Privileg der Haftungssonderung bestehen, da die Schuld Nachlaßschuld bleibt, nicht aber für den Erben das der Haftungsbeschränkung, da er sich ja auch persönlich verpflichtet hat und daher nach den allgemeinen Regeln des Schuldrechts mit seinem gesamten Vermögen haften muß. Diese Zwischenform zwischen reiner Nachlaßschuld und reiner Erbenschuld, deren Anerkennung in Wissenschaft und Praxis sich nach anfänglichen Bezweifelungen allgemein durchgesetzt hat (s. die Nachweise in RGPraxis III, 264 ff. und Staudinger V Bem. 214 Abs. 2 zu § 1922, besonders klar und nachdrücklich kürzlich wieder RGZ. 146, 343 ff.), begründet also eine eigenartige „gesamtschuldnerische" Haftung des Nachlasses und des Erbenvermögens, wie sie sonst nur in dem Sonderfalle eintritt, daß, nachdem der Erbe sein Haftungsbeschränkungsrecht nach §§ 1994 Abs. 1 Satz 2 oder 2005 verloren hat, doch noch auf Antrag eines Nachlaßgläubigers eine Nachlaßverwaltung (§§ 1981 Abs. 2, 2013 Abs. 1 Satz 1) oder auf Antrag eines Erben, Nachlaßverwalters, Testamentsvollstreckers oder Nachlaßgläubigers ein Nachlaßkonkurs (§§ 216 Abs. 1, 217 KO.) stattfindet (Nachlaßvergleichsverfahren ist nach § 113 Ziff. 3 VerglO. nicht mehr zulässig). Aber im Innenverhältnis zwischen dem Nachlaß und dem Erbenvermögen fallen auch diese Schulden allein dem Nachlaß zur Last, da sie bei Erledigung von Nachlaßangelegenheiten entstanden sind: daher kann der Erbe, der sie aus eigenen Mitteln befriedigt oder ihre Zwangsbefriedigung geduldet hat, nach § 1978 Abs. 3 Ersatz aus dem Nachlaß verlangen (Erbfolge und Erbenhaftung S. 114—116; Staudinger V Bem. 214 zu § 1922; vgl. auch die ähnliche Rechtsfigur der „Vorbehaltslast" in §§ 1415, 1416).

c) Alle diese rechtlichen Eigenarten aber fallen völlig weg, wenn die Verbindlichkeit des Erben den Charakter einer reinen Eigenschuld hat. Solange freilich kein Sonderverfahren zur Befriedigung der Nachlaßschulden stattfindet, haftet der Erbe für alle drei Arten von Verbindlichkeiten in gleicher Weise wie ein gewöhnlicher Schuldner. Aber mit dem Beginne der Nachlaßverwaltung, des Nachlaßkonkurses oder des Nachlaßvergleichsverfahrens tritt eine scharfe Sonderung ein. Nur die reinen Nachlaßschulden und die gemischten Nachlaßerbenschulden nehmen als „Nachlaßverbindlichkeiten" an der bevorzugten Sonderbefriedigung aus dem Nachlaß teil, die bloßen Erbenschulden sind davon ausgeschlossen, ja sogar mit rückwirkender Kraft (§ 784 Abs. 2 ZPO., § 221 KO.), soweit sie nicht schon durch Beendigung der Vollstreckung (Pfandverwertung) oder freiwillige Leistung des Erben endgültig aus dem Nachlaß befriedigt sind. Aber auch dann ist, vorbehaltlich einer Anfechtung nach §§ 3, 6 AnfG., §§ 30 bis 35 KO., die auch dem Gläubiger das Empfangene wieder entziehen würde, jedenfalls der Erbe nach § 1978 Abs. 1 zum Ersatz aus seinem Eigenvermögen in den Nachlaß verpflichtet. Und umgekehrt kann er niemals seinerseits Ersatz aus dem Nachlaß nach §§ 1978 Abs. 3, 670, 257 verlangen, wenn er solche Gläubiger mit eigenen Mitteln befriedigt oder ihre Zwangsbefriedigung in sein Privatvermögen geduldet hat.

d) Wo im Einzelfalle die Grenze zwischen reiner Nachlaßschuld, gemischter Nachlaßerbenschuld und bloßer Erbenschuld zu ziehen ist, kann oft zweifelhaft sein. Ich habe in Erbfolge und Erbenhaftung S. 119—125, in RGPraxis III, 266 und bei Staudinger V Bem. 194, 215, 219 zu § 1922 die wichtigsten Fälle der Nachlaßerbenschulden in ihrer doppelten Abgrenzung aufzuzählen versucht und muß hier darauf verweisen. Erwähnen will ich nur die beiden Hauptgruppen, von denen die zweite uns unmittelbar für den Fall des Freiburger Urteils interessiert.

Genau so wie der Erbe neben der Nachlaßhaftung, die aus den genannten Gründen bestehen bleibt, auch persönlich ohne Haftungsbeschränkbarkeit für die Schuld einstehen muß, wenn er zur Erfüllung erbrechtlicher Aufgaben, wie der Beerdigung des Erblassers, der Testamentseröffnung, des Gläubigeraufgebots, der Aufnahme eines Nachlaßinventars, oder zur ordnungsmäßigen einstweiligen Verwaltung des Nachlasses durch Abschluß von Darlehns-, Kredit-, Kauf-, Miet-, Arbeitsverträgen usw., eigene rechtsgeschäftliche Akte unter Lebenden vornimmt, es sei denn, daß er durch Vereinbarung mit der anderen Partei ausdrücklich die Haftung auf den Nachlaß beschränkt hat (RGZ. 146, 346 = JW. 1935, 1405[7] m. Anm.), ebenso kann er sich dieser persönlichen Haftung nicht entziehen, wenn er bei Erfüllung von Nachlaßschulden oder bei Abwicklung erbrechtlicher Geschäfte oder bei Erledigung sonstiger Nachlaßangelegenheiten oder bei Weiterverwaltung ererbter Unternehmen oder ererbten Grundbesitzes usw. seinerseits durch eigenes selbstverantwortliches Verhalten die ihm obliegenden Pflichten in einer Weise verletzt, daß eine persönliche Schadensersatzpflicht auch dann entstanden wäre, wenn er jene Geschäfte und Angelegenheiten nicht in seiner Eigenschaft als Erbe besorgt oder fortgeführt hätte. Von dieser persönlichen Haftung ist er nur dann entbunden, wenn der zum Schadensersatz verpflichtende Tatbestand in seinem entscheidenden, die Verantwortlichkeit tragenden Teil noch völlig in die Lebenssphäre des Erblassers fällt und den Erben selbst kein fortwirkendes Verschulden trifft, oder wenn er, soweit ein solches nicht erforderlich ist, wie besonders in den Fällen der sog. Gefährdungshaftung der § 833 Satz 1, §§ 1 u. 2 HaftpflG., § 7 KraftfG., § 19 LuftvG., in die Rechtsstellung des Tier-, Kraft- oder Luftfahrzeughalters oder des Betriebsunternehmers nur auf Grund des auf ihn übergegangenen Eigentums (§ 1922) oder Erbbesitzes (§ 857) an den haftbelasteten Gegenständen eingetreten ist, ohne schon seinerseits durch eigenen Willensakt, tatsächliche Besitznahme oder Betriebsübernahme, selbständig „unter Lebenden" den Tatbestand verwirklicht zu haben, an den das Gesetz eine persönliche Haftung anknüpft: dann haben auch die Ersatzpflichten, die ihn treffen, den Charakter reiner Nachlaßschulden, die der Haftungsbeschränkung auf den Nachlaß unterliegen (s. dazu Planck-Flad Bem. 2c und 6c u. d zu § 1967; Strohal II S. 182 ff.; Boehmer, Erbfolge und Erbenhaftung S. 121, 124 f.; Staudinger V Bem. 194 und 215 zu § 1922).

e) Damit sind wir aber bei dem eigentlichen Thema des landgerichtlichen Urteils und der für seine Lösung entscheidenden Frage angelangt. Denn es handelt sich hier darum, einmal ob überhaupt aus der Pflichtverletzung des Erblassers eine Schadensersatzpflicht für die Erben entstanden ist, und sodann, wenn dies zu bejahen ist, ob die Ersatzpflicht ausschließlich vom Erblasser herrührt, so daß sie eine reine, der Haftungsbeschränkung unterworfene Nachlaßverbindlichkeit ist, oder ob der Rechtsgrund daneben auch schon in das Leben der Erben fällt, so daß eine Nachlaßerbenschuld entstanden ist, für die sie die Haftung nicht auf den Nachlaß beschränken können. Die Frage einer reinen Erbenschuld scheidet nach dem Tatbestand unzweifelhaft aus (s. dazu unten 6b).

5. Wird der Erbe aus einem Deliktstatbestand in Anspruch genommen, der sich wie hier „zwischen zwei Rechtsleben" abgespielt hat, so sind für die Fragen, ob überhaupt die Erben daraus haftbar gemacht werden können, und ob sie bejahendenfalls auch persönlich mit ihrem Eigenvermögen dafür einstehen müssen, zwei Gruppen von unerlaubten Handlungen zu unterscheiden.

a) Entweder handelt es sich um einen der normalen Deliktsfälle der §§ 823—826, denen hauptsächlich zwei Merkmale wesentlich sind, einmal daß sie ein Verschulden des Täters verlangen, und ferner, daß die unerlaubte Tat als solche in der Regel aus einer einzelnen, sachlich und zeitlich abgrenzbaren Handlung oder Unterlassung oder einer Summe von solchen besteht. Hier wird man meist ohne Beweisschwierigkeit feststellen können, ob der für die Verantwortlichkeit des Täters entscheidende Teil des deliktischen Tatbestandes sich noch zu Lebzeiten des Erblassers vollzogen hat oder bereits in das Leben des Erben hineinreicht. Denn die Grundlage der Verantwortlichkeit ist hier die einzelne Handlung oder Unterlassung als solche, weil in ihr die drei entscheidenden Erfordernisse der unerlaubten Handlung zusammentreffen: sowohl die objektive Rechtswidrigkeit des Verhaltens, wie dessen Ursächlichkeit für den deliktischen Erfolg, wie das subjektive Verschulden des Täters:

das alles ist bekannt und bedarf keiner näheren Darlegung. Es braucht daher nur festgestellt zu werden, worin im jeweiligen Falle die deliktische Handlung als solche besteht, und ob dieses Stück des Gesamttatbestandes sachlich und zeitlich noch der Lebenssphäre des Erblassers oder schon der des Erben angehört. Insbesondere ist nach dieser sachlichen und zeitlichen Lage auch die praktische Hauptfrage jedes Schadensersatzprozesses, die des Verschuldens des Täters, zu beurteilen: nur wenn dieser maßgebende Teil des Deliktstatbestandes ausschließlich dem Rechtsleben des Erblassers angehört, kann und muß auf dessen Verschulden abgestellt werden. Ist dies aber der Fall, so ist es im übrigen völlig gleichgültig, ob die sonstigen Tatbestandsstücke, die zur Vollendung des deliktischen Erfolgs erforderlich sind, mögen es Handlungen oder Unterlassungen Dritter oder des Verletzten selbst oder sonstige Ereignisse sein — sofern sie nur den ursächlichen Zusammenhang nicht unterbrechen —, sich ganz oder z. T. erst nach dem Tode des Erblassers verwirklichen. So kann insbesondere in den Deliktsfällen, in denen als erster Deliktserfolg und als Ursache des zu ersetzenden Schadens die Verletzung eines bestimmten Rechtsguts verlangt wird, wie vor allem in § 823, auch diese Rechtsgutverletzung sich erst nach dem Tode des Erblassers vollziehen, ohne daß dadurch der unerlaubten Handlung der Charakter einer vom Erblasser begangenen und der aus ihr entspringenden Ersatzpflicht die Eigenschaft einer „vom Erblasser herrührenden" Verbindlichkeit genommen würde. Maßgebend ist allein, daß der Deliktstatbestand durch den Tod des Täters nicht schon an einem Punkte unterbrochen worden ist, an dem die eigentliche Deliktshandlung noch nicht vollendet war, sondern noch einer Fortsetzung durch den Erben bedarf, so daß sie erst durch dessen selbstverantwortliche Tätigkeit zum Abschluß kommt.

Ist aber letzteres der Fall, so ist die Rechtslage ganz anders. Hier kann schon die erste und Hauptfrage, ob überhaupt alle Tatvoraussetzungen einer unerlaubten Handlung, insbesondere das Verschulden des Täters, erfüllt sind, nicht mehr auf die Person des Erblassers, sondern nur noch auf die des Erben abgestellt werden. Selbst wenn der Erblasser in solchen Fällen den noch von ihm vorgenommenen Teil der Deliktshandlung schuldhaft begangen hat, so kann doch der Erbe für diese Verfehlung des Verstorbenen nicht haftbar gemacht werden, wenn die Fortsetzung und Vollendung der Tat durch ihn selbst ihm nicht als Verschulden zugerechnet werden kann. Denn da er erst durch sein Verhalten die deliktische Handlung zum Abschluß gebracht hat, so ist auch er selbst, nicht der Erblasser, der Täter und sein Verhalten allein für die rechtliche Beurteilung der Tat maßgebend. Das vom Erblasser begonnene, nicht vollendete Delikt könnte strafrechtlich als Versuch geahndet werden, wenn er nicht gestorben wäre, privatrechtlich ist es ohne Belang. Man denke sich z. B. den vielleicht etwas „akademischen" Fall, daß ein Vater im Beisein seines einzigen Sohnes und Erben einen Dritten durch Vorspiegelung falscher Tatsachen, die der Sohn aber für wahr hält, zu einem unvorteilhaften Geschäft zu überreden versucht, und daß, nachdem ihm das noch nicht voll gelungen ist, der Sohn nach dem plötzlichen Tode des Vaters diese Überredung gutgläubig fortsetzt und sein Ziel erreicht. Obwohl hier die Handlung des Erblassers und deren Fortsetzung durch den Erben zu dem Deliktserfolg objektiv zusammengewirkt haben, ist doch nur der Sohn Täter im Rechtssinne, kann aber für sein eigenes Verhalten, da es schuldlos war, nicht haftbar gemacht werden; das Verhalten des Erblassers scheidet aus, da es unvollendet war und seine Kausalität durch die selbständige Eigenhandlung des Erben abgeschnitten ist. Anders wäre es, wenn schon die Täuschung des Vaters in dem Dritten den festen Entschluß zur Vornahme des schädigenden Geschäfts hervorgerufen und er nach dem Tode des Betrügers ohne irgendein Zutun des Sohnes diesen Entschluß zur Ausführung gebracht hätte: hier läge ein typischer Fall einer noch vom Erblasser begangenen unerlaubten Handlung vor, wenn auch der deliktische Erfolg erst nach seinem Tode eintritt. Daher wäre auch für den Erben eine Schadensersatzpflicht begründet, die ausschließlich vom Erblasser herrührte und somit den Charakter einer echten Nachlaßschuld hätte.

Aber bei diesen „Einzeldelikten" wird es fast ausnahmslos so liegen, daß die eigentliche Deliktshandlung noch vom Erblasser vollendet ist und nur der Deliktserfolg sich erst nach seinem Tode vollzieht. Die beiden, gleichfalls etwas „akademischen", Beispiele des Freiburger Urteils auf S. 1820 unter 4 Abs. 2 enthalten zweifellos solche Fälle: sowohl der Lanzenwerfer wie der Giftmischer haben schon vor dem Tode „ihre Arbeit getan" und können nun „gehen": ihr böses Tun vollendet sich „zwangsläufig" nach ihrem plötzlichen Tode in dem „adäquaten" Erfolg der Körperverletzung und der Tötung. Daß es hier nur auf ihre Person und ihr Verschulden ankommt, ist selbstverständlich; und ebenso, daß ihre Handlung für die Erben eine Ersatzpflicht begründet, die ausschließlich vom Erblasser herrührt und daher eine echte Nachlaßverbindlichkeit ist.

b) Anders ist die Lage bei der zweiten Deliktsgruppe. Hier handelt es sich nicht um eine einzelne oder eine Summe einzelner bestimmter Handlungen, die mit ihrer Vornahme durch den Täter als solche abgeschlossen sind, sondern um die durch Dauerhandlung oder meist -unterlassung bewirkte Aufrechterhaltung eines gefahrdrohenden Zustands, d. h. einer Situation, aus der sich erfahrungsgemäß durch Hinzutreten gewisser normaler Umstände, mit denen man im Leben rechnen muß, Verletzungen von Rechtsgütern ergeben können. Hier ist es meist unmöglich, einen bestimmten Zeitpunkt zu fixieren, in dem die die Verantwortung tragende Handlung als solche abgeschlossen ist und es nur noch jener weiteren Umstände bedarf, um die Verletzung auszulösen. Vielmehr dauert hier in der Regel die deliktische Handlung so lange fort, bis der gefahrdrohende Zustand tatsächlich beseitigt ist. Daher hat die jeweilige Verletzung, die durch die Aufrechterhaltung des Zustands herbeigeführt wird, zur unmittelbaren Ursache die Tatsache, daß die Gefahrenquelle noch in dem Zeitpunkt besteht, in dem sich die Verletzung vollzieht. Somit kann auch als deliktischer Täter grundsätzlich nur der gelten, der zu dieser Zeit die Verantwortung für den gefährlichen Zustand trägt.

Das ist von entscheidender Bedeutung besonders in denjenigen Fällen, in denen die Schadensersatzpflicht des für den Zustand Verantwortlichen nicht, wie z. B. in § 833 Satz 1, §§ 1 und 2 HaftpflG., § 7 KraftfG., § 19 LuftvG., ohne die Voraussetzung eigenen schuldhaften Unterlassens von Abwendungsmaßnahmen einfach an das Eintreten einer „adäquaten" Verletzung geknüpft ist, sondern wo ein schuldhafter Verstoß gegen eine Pflicht zur Verhinderung des Akutwerdens der Gefahr oder zur Beseitigung oder Verminderung der Gefahrenquelle hinzutreten muß, wie es z. B. in §§ 833 Satz 2, 836—838, freilich mit eigener Entschuldungspflicht, vorgesehen ist. Denn da hier, abgesehen von der Ausnahme des § 836 Abs. 2 (s. gleich unten), derjenige für den Schaden verantwortlich ist, der im Augenblicke der Verletzung in der betr. wirtschaftlichen oder rechtlichen Beziehung zu dem „gefährlichen" Gegenstand steht, so muß auch für die Frage, ob ein Verschulden des verantwortlich gemachten Täters vorliegt, in der Regel das Verhalten dieser Person maßgebend sein. Daraus folgt aber für unser Problem, daß, wenn im Wege der Erbfolge das Eigentum oder der Besitz des gefahrdrohenden Gegenstands auf den Erben übergeht, grundsätzlich dieser als verantwortlicher Täter angesehen werden muß, wenn sich die Verletzung erst nach dem Erbfalle ereignet hat, und zwar auch dann, wenn der gefahrdrohende Zustand schon während der Lebenszeit des Erblassers entstand und in dessen Verhalten seinen eigentlichen Ursprung hat. Denn bei allen diesen „Zustandsdelikten" ist der für die Verletzung ursächliche Umstand die Tatsache, daß der gefährliche Zustand noch im Augenblicke des Deliktserfolgs bestanden hat. Soweit es sich um Fälle reiner Gefährdungshaftung handelt, ist die Frage weniger erheblich: denn hier ist der gegenwärtige Halter oder Unternehmer für den Schaden haftbar, unabhängig davon, ob sei es ihn, sei es seinen Rechtsvorgänger ein Verschulden traf, und es kann sich

daher im Falle der Erbfolge nur um die Frage handeln, ob die Ersatzpflicht noch ausschließlich als vom Erblasser herrührend anzusehen und daher eine reine Nachlaßverbindlichkeit ist, oder ob sie auch auf eigenem Verhalten des Erben beruht und daher den Charakter einer Nachlaßerbenschuld hat: nach welchen Gesichtspunkten dies zu entscheiden ist, ist oben unter 4 d schon dargelegt worden. Wo aber die Schadensersatzpflicht auf ein Verschulden abgestellt ist, kann regelmäßig auch nur das schuldhafte Verhalten des Erben Grundlage der Verantwortlichkeit und Ersatzpflicht sein, das des Erblassers muß als unbeachtlich ausscheiden, da er nicht mehr Träger des gefahrdrohenden „Unternehmens" und daher nicht mehr der für die Nichtbeseitigung der Gefahrenquelle verantwortliche Täter ist. Hier hängt also von dieser Frage nicht nur der Haftungsinhalt (Nachlaßschuld oder Erbenschuld), sondern die Existenz der Ersatzpflicht ab.

Aber es fragt sich, ob dieser Satz ausnahmslos gelten soll. Praktisch würde er zu der unannehmbaren Folge führen, daß, wenn der Erblasser seinerseits es schuldhaft unterlassen hat, die zur Ausschaltung oder Minderung der Gefahr erforderlichen Maßnahmen zu treffen, dem Erben aber aus irgendeinem Grunde kein Verschulden vorgeworfen werden kann, überhaupt jede Ersatzpflicht entfiele: die des Erblassers (die natürlich als Nachlaßschuld den Erben treffen würde), weil sein schuldhaftes Verhalten nicht mehr als maßgebende Ursache der Verletzung gelten kann, die des Erben, weil ihn an dieser kein Verschulden trifft. Eine Lösung aus diesem Dilemma kann m. E. auf zwei Wegen gefunden werden. Entweder man dehnt die Sondervorschrift des § 836 Abs. 2, die den früheren Grundstücksbesitzer dann noch für verantwortlich erklärt, wenn er seinerseits gegen seine Sorgfaltspflicht verstoßen hat und der die Verletzung herbeiführende Unfall innerhalb eines Jahres nach der Beendigung seines Besitzes erfolgt ist, auf ähnlich liegende Fälle, wie z. B. den des Freiburger Urteils, aus, wobei die Frist je nach der Art des Mangels des Gebäudes, auf den die Verletzung zurückzuführen ist, verkürzt werden müßte. Dann wäre jedenfalls für alle binnen dieser Frist nach dem Erbfall eintretenden Verletzungen die Schadloshaltung der Geschädigten sichergestellt: auch wenn den Erben selbst kein Verschulden träfe, würde doch die fortdauernde Verantwortlichkeit seines Rechtsvorgängers für ihn die Folge haben, daß eine vom Erblasser herrührende Ersatzpflicht begründet würde, für die er nach § 1967 haften müßte, natürlich mit Haftungsbeschränkbarkeit auf den Nachlaß. Glaubt man aber sich zu einem solchen, immerhin recht kühnen, Aushilfsmittel einer Gesetzesanalogie nicht entschließen zu können oder hält man es nicht für ausreichend, so scheint mir, daß man in Fällen wie dem des Freiburger Urteils auch noch auf einem anderen Wege zu einer Bejahung der Haftung des Erben gelangen kann und muß, nämlich schon auf Grund einer sorgfältigen Analyse der Begriffe des Unterlassungsdelikts und des Kausalzusammenhangs. Das hat offenbar auch das LG. Freiburg gefühlt, aber mit Beweisgründen zum Ausdruck gebracht, die in den entscheidenden Punkten m. E. keine volle Zustimmung verdienen.

6. Das landgerichtliche Urteil begeht nämlich den Fehler, seine ganze Untersuchung und Beweisführung von vornherein darauf abzustellen, daß es sich um einen Fall der ersten Deliktsgruppe, nämlich einer gewöhnlichen, durch Einzelhandlung begangenen unerlaubten Handlung gehandelt habe: seine im übrigen peinlich genaue Argumentation, die sich allerdings an gewissen Stellen in etwas schulmäßigen Wendungen und Beispielen bewegt, hat offensichtlich fortdauernd nur den Fall eines solchen „Einzelhandlungsdelikts" vor Augen. Das zeigen besonders die beiden Beispiele des Lanzenwerfers und des Giftmischers (S. 1820 unter 4), die typische Fälle solcher Delikte sind, und bei denen, da die Deliktshandlung schon vor dem Tode des Täters abgeschlossen war, eine Fortsetzung durch die Erben, etwa durch Nichthinderung des Eintritts des Deliktserfolgs, unmöglich in Frage kommen kann. Hier liegt die Sache aber anders.

Zwar kommt einer der in §§ 833—838 geregelten Sondertatbestände von „Zustandsdelikten" nicht in Betracht, insbesondere auch nicht der des § 836, obwohl, wie gesagt, der Sachverhalt sehr ähnlich ist. Es ist daher an sich durchaus zutreffend, zur Entscheidung entweder die allgemeine Deliktsvorschrift des § 823 Abs. 1 oder, falls eine besondere gemeindestatutarische oder ortspolizeiliche Verpflichtung zur Instandhaltung der dem Verkehr geöffneten Teile des Hauses, insbesondere der Treppen, bestehen sollte, worüber das Urteil schweigt, den Tatbestand des § 823 Abs. 2 heranzuziehen. Daß die Unterlassung ordnungsmäßiger Instandhaltung an sich geeignet war, die körperliche Verletzung ursächlich herbeizuführen, ist selbstverständlich, da das entgegengesetzte Tun diesen Erfolg mit erfahrungsmäßiger Wahrscheinlichkeit verhindert hätte. Ebenso daß das Unterlassen rechtswidrig war, weil es gegen die entweder durch die Haltung eines dem Verkehr geöffneten Gebäudes oder durch die besondere gemeindliche Verordnung gebotene Sorgfaltspflicht des Eigentümers verstieß (s. dazu Planck Bem. 2 b α zu § 823 S. 1725 mit zahlreichen Belegen aus der Rechtsprechung). Auch daß eine Fahrlässigkeit des Erblassers, d. h. zum mindesten Kennenmüssen der Instandhaltungspflicht und subjektive Voraussehbarkeit einer Rechtsgutverletzung dieser Art, vorlag, unterliegt keinem Zweifel, wobei freilich in der Begründung insofern eine Inkorrektheit unterlaufen ist, als aus der adäquaten Ursächlichkeit ohne weiteres auf die subjektive Voraussehbarkeit geschlossen wird (S. 1819 unter 1 Abs. 1 a. E.). Aber es fragt sich ja gerade, und das ist der Kernpunkt des ganzen Falls, ob es auf diese Fahrlässigkeit des Erblassers überhaupt noch ankommt.

Das Freiburger Urteil stützt seine Schlußfolgerung, daß die schuldhafte Unterlassung des Erblassers für den Erfolg allein kausal gewesen und geblieben sei, auf die Feststellung, daß in der Zwischenzeit vom Tode bis zum Unfall weder für die damals noch unbekannten Erben noch für einen Dritten (z. B. einen Testamentsvollstrecker oder Nachlaßpfleger oder Hausverwalter) eine Rechtspflicht zur baulichen Instandsetzung der Treppe bestanden und es deshalb „an einer neuen selbständigen ursächlichen Grundlage für den Unfall gefehlt" habe. Diese Begründung ist aus doppeltem Grunde fehlgehend.

a) Einmal ist die objektive Pflicht zur Instandhaltung des Gebäudes ipso jure mit dem Eigentum oder schon mit dem Besitz (das ist Tatfrage des konkreten Falles; s. dazu RGZ. 68, 161) des Gebäudes verknüpft, war daher hier mit dem Erbfall auf die Erben übergegangen, da diese sowohl das Eigentum (§ 1922) wie den Besitz (§ 857) unmittelbar mit dem Tode erlangt hatten (§ 1942). Ob die Erben bekannt oder unbekannt waren, ob sie selbst etwas von dem Erbfalle wußten oder wissen konnten, ist für diese Frage unerheblich. Daraus ergibt sich aber, daß, wenn die Erben den gefahrdrohenden Zustand des Gebäudes nach dem Tode nicht beseitigten, dies objektiv pflichtwidrig und daher rechtswidrig war. Rechtswidrigkeit bedeutet lediglich einen sachlichen, „objektiven" Zwiespalt zwischen dem menschlichen Verhalten und einer Rechtsnorm; bei einer Unterlassung, um die es sich hier handelt, ist daher Rechtswidrigkeit dann vorhanden, wenn eine Pflicht zum entgegengesetzten Tun besteht. Auf das Wissen oder Wissenmüssen von dieser Rechtspflicht kommt es für diese Frage nicht an. Sind aber von dem Erbfall an die Erben diejenigen, denen die Instandhaltungspflicht oblag, so sind sie auch diejenigen, deren negatives „Verhalten" dieser Pflicht widersprochen hat, — sofern man, und das wird als die entscheidende Frage den Abschluß der Untersuchung bilden (s. unten 7), überhaupt von einem „Verhalten" der Erben sprechen kann.

b) Aber andererseits, und das ist der zweite Fehler, hat die Rechtswidrigkeit der Unterlassung nichts mit ihrer Kausalität zu tun, obwohl diese beiden Fragen leider immer noch ab und zu verwechselt werden[1]). Kausal ist vielmehr ein Unterlassen dann, wenn das entgegengesetzte Tun nach allgemeiner Lebenserfahrung den

[1]) Davor warnt schon Träger, „Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht", 1904, S. 62.

Erfolg verhindert hätte: ursächliches Unterlassen ist also ein Nichttun dieses Tuns.

Prüft man aber hier, wessen Nichttun in diesem Sinne als kausal betrachtet werden muß, so ist es zwar zweifellos richtig, daß der Erblasser seinerseits durch die Nichtvornahme der erforderlichen Instandhaltungsmaßnahmen die Kausalität in Bewegung gesetzt und diesen ursächlichen Zustand bis zu seinem Tode durch fortgesetztes Unterlassen aufrechterhalten hatte. Aber unmittelbar ursächlich für die Verletzung war doch erst der Umstand, daß dieser ordnungswidrige Zustand noch nach seinem Tode und bis zu dem Augenblicke fortbestand, in dem sich der Unfall ereignete. Es handelt sich eben hier, und das hat das Freiburger Urteil nicht berücksichtigt, genau so wie in dem ähnlichen Falle des § 836, um ein typisches „Dauer- oder Zustandsdelikt", dessen Handlungstatbestand sich in der Regel so lange fortsetzt, bis das entgegengesetzte Tun tatsächlich vollzogen ist. Zur Zeit des Unfalls waren aber die Erben diejenigen, denen als Eigentümern des Hauses auch ohne weiteres die Pflicht zur Instandhaltung oblag: diese Pflicht haben sie, vom „objektiven" Standpunkt aus betrachtet, rein äußerlich nicht erfüllt, und dieses „Nichttun" der Erben scheint darum die für den Eintritt des Deliktserfolgs unmittelbar ursächliche Tatsache zu sein. Daran würde auch der Umstand nichts ändern, daß es, vom „subjektiven" Standpunkt aus, unverschuldet war. Zweifellos ist, daß die Erben, da sie weder wußten noch wissen konnten, daß ihnen überhaupt die Erbschaft und mit ihr das Hauseigentum und die mit diesem verknüpfte Instandhaltungspflicht zugefallen war, auch unmöglich wissen konnten, daß ihr bloßes Nichttun eine Nichterfüllung dieser Pflicht war, und daß sie daher auch nicht voraussehen konnten, daß dies die Verletzung dritter Personen zur Folge haben könne. Aber mit dieser Verneinung der Schuld ist zunächst nur gesagt, daß die Erben in ihrer Person keinen neuen „Schuldgrund" verwirklicht haben und daher auch nicht persönlich für den Schaden verantwortlich gemacht werden können, m. a. W., daß die Möglichkeit einer Eigenschuld oder auch einer Nachlaßerbenschuld in dem oben gekennzeichneten Sinne ausscheidet. Aber dessenungeachtet bliebe doch immer noch der objektive Tatbestand einer sachlich pflichtwidrigen Unterlassung der ihnen obliegenden Instandhaltungsmaßnahmen bestehen. Und diese äußere Tatsache des negativen „Verhaltens" der Erben würde für sich allein genügen, um als unmittelbar kausaler Umstand für den Deliktserfolg betrachtet werden zu müssen: haben sie die rechtswidrige Unterlassung des Erblassers nach dessen Tode wirklich fortgesetzt, so wäre das doch, entgegen der Annahme des Freiburger Urteils, eine neue selbständige ursächliche Tatsache, die zwischen die Pflichtverletzung des Erblassers und den Deliktserfolg getreten ist, und diese Tatsache würde die Wirkung haben, daß die Ursächlichkeit des Verhaltens des Verstorbenen abgeschnitten und die Entstehung einer vom Erblasser herrührenden Verbindlichkeit verhindert würde. Als „Täter" könnten dann also nicht mehr der Erblasser, sondern nur noch die Erben in Betracht kommen. Da aber bei ihnen das nach § 823 erforderliche Verschulden fehlt, so würde auch eine persönliche Schadensersatzpflicht für sie nicht begründet sein. Wir ständen also auch hier wieder vor dem seltsamen Ergebnis, daß überhaupt keine Ersatzpflicht besteht, und daß der Geschädigte leer ausgehen muß: die Erben würden persönlich nicht haften, weil die von ihnen „objektiv" begangene Unrechtshandlung nicht schuldhaft war, sie würden aber auch nicht für die schuldhafte Pflichtverletzung des Erblassers in Anspruch genommen werden können, weil dessen Verhalten nicht mehr als Ursache des Unrechtserfolgs betrachtet werden könnte. Für ein Delikt der Erben würde der „subjektive", für ein Delikt des Erblassers der „objektive" Tatbestand fehlen.

c) Daß dieses Ergebnis höchst unbefriedigend wäre, bedarf keiner Begründung. Aber es wäre auch rechtlich fehlgehend, da es auf einer unzureichenden Wertung des allgemeinen Handlungsbegriffs bei privatrechtlichen Unterlassungsdelikten beruht. Es ist nämlich nicht zutreffend, daß die Tatsache der völligen Unkenntnis der Erben von dem Übergang des Hauseigentums und der Instandhaltungspflicht ihre rechtliche Bedeutung darin erschöpft, das Verschulden der Erben auszuschließen; vielmehr ist sie schon für die logisch notwendige Vorfrage, ob denn überhaupt eine deliktische Unterlassungshandlung der Erben vorliegt, von entscheidender Erheblichkeit. Von einer solchen „Unterlassung" im Sinne einer unter § 823 fallenden unerlaubten Handlung kann nämlich hier, ganz unabhängig von der Verschuldensfrage, überhaupt nicht geredet werden (s. 7). Das allein, nicht das vom Freiburger Urteil zu Unrecht angenommene Fehlen einer Rechtspflicht der Erben zur Instandhaltung des Hauses, ist der Grund, der es der richterlichen Beurteilung unmöglich macht, irgendeine in das Rechtsleben der Erben fallende Tatsache festzustellen, die sich zwischen die pflichtverletzende Unterlassung des Erblassers und den Deliktserfolg als neuer und selbständiger ursächlicher Umstand einschob und die Kausalität des Verhaltens des Erblassers unterbrach. Die bisherige Beweisführung hatte im Interesse sorgfältiger Tatbestandsanalyse und scharfer Fragestellung bewußt diese entscheidende Tatsache einstweilen zurückgestellt, gerade um sie nunmehr als den springenden Punkt herauszustellen, der die (hypothetischen) Ergebnisse der bisherigen Betrachtung über den Haufen wirft.

7. Die Annahme, daß das „Verhalten" der Erben eine selbständige Fortsetzung der deliktischen Unterlassungshandlung des Erblassers und daher die eigentliche unmittelbare Ursache für die Verletzung der auf der Treppe verunglückten Person sei, steht und fällt mit der Voraussetzung, daß das völlige Nichtstun der Erben überhaupt als „Unterlassung" der durch die Instandhaltungspflicht gebotenen Maßnahmen betrachtet werden kann. Denn nach den allgemein anerkannten Grundsätzen der Kausalität ist nur eine wirkliche „Handlung" eines Dritten, die zwischen die verursachende Tat und den Unrechtserfolg tritt, geeignet — unter der Voraussetzung, daß sie nicht selbst eine „adäquate" Folge der Unrechtshandlung ist —, die ursächliche Kraft dieser Tat zu brechen und ihrerseits als Ursache des Erfolgs gewertet zu werden. Ist aber eine solche „Zwischenhandlung" überhaupt nicht vorhanden, ist, konkret gesprochen, im vorliegenden Falle der ordnungswidrige Zustand der Zwischenzeit nicht auf einen Umstand zurückzuführen, den man als eine „Unterlassungshandlung" der Erben im deliktischen Sinne beurteilen kann, so läuft die Kausalität des ersten ursächlichen Verhaltens, hier also der pflichtwidrigen und schuldhaften Unterlassung des Erblassers, weiter und bleibt alleinige Ursache des Deliktserfolgs.

Es fragt sich also, was unter einer „Unterlassung" im deliktischen Sinne zu verstehen ist, und ob hier eine solche vorliegt. Unstreitig ist, daß das Unterlassungsdelikt des § 823, ebenso wie das der §§ 833 Satz 2 und 836 ff., mehr als ein bloßes negatives „Unterbleiben" (s. dazu v. Tuhr, Allg. T. II S. 122 f.) der erforderlichen Schutz- und Abwendungsmaßnahmen verlangt, daß es vielmehr eine wirkliche negative Handlung voraussetzt. Es ist hier nicht der Ort, zumal es für die Beurteilung des Falles unerheblich ist, die zahlreichen und schwierigen Probleme des Unterlassungsdelikts, insbesondere die Frage, was unter einer „Unterlassungshandlung" zu begreifen ist, näher zu untersuchen (die besten Ausführungen darüber sind m. E. immer noch in dem Buche von Träger „Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht", 1904, zu finden). Denn eins ist sicher und allgemein anerkannt: wenn jemand in einer Lage ist, die es ihm unmöglich oder unzumutbar macht, überhaupt eine Vorstellung von dem entgegengesetzten positiven Tun, das eine objektiv bestehende Rechtspflicht ihm gebietet, in sein Bewußtsein aufzunehmen, kann man keinesfalls davon sprechen, daß er dieses Tun „unterlassen" habe. Mangels jeder Anknüpfung an die menschliche Vorstellungs- und Willenswelt entbehrt das reine Nichtstun des Charakters einer unerlaubten „Handlung" und ist nichts anderes als ein völliges vacat, ein rechtliches Nichts. Wie sich dieses Bewußtseinsmoment, das die unentbehrliche Grundlage dafür ist, daß überhaupt der Tatbestand einer Unterlassungshandlung vorliegt, von dem

Verschuldensmoment abgrenzt, braucht hier gleichfalls nicht erörtert zu werden, da auch diese (sehr schwierige) Frage hier unerheblich ist. Im vorliegenden Falle kann aber kein Zweifel darüber sein, daß die Erben unmöglich in der Lage waren, sich die Instandhaltungsmaßnahmen seelisch vorzustellen, die den Inhalt der ihnen objektiv obliegenden Pflicht bildeten, da sie von dieser Pflicht selbst nichts wußten und wissen konnten. Das völlige Fehlen dieses seelischen Moments schließt somit nicht nur ihre Verschuldung, sondern überhaupt das Vorliegen einer „Unterlassung" i. S. des § 823 aus. Ist das aber richtig, so kann auch keine Rede davon sein, daß das bloße „Unterbleiben" von Instandsetzungsmaßnahmen nach dem Erbfall die Ursächlichkeit der rechtswidrigen und schuldhaften Unterlassung des Erblassers unterbrochen habe: ein bloßes Nichts kann den Weiterlauf der Kausalität nicht stören. Vielmehr bleibt das Verhalten des Erblassers als alleinige, über seinen Tod hinaus wirkende Ursache bestehen und hat, ohne Dazwischentreten einer Störung, den Verletzungserfolg herbeigeführt. Daraus folgt aber, daß die Deliktshandlung als solche noch vollständig von ihm vorgenommen worden ist und somit ausschließlich seiner Rechtssphäre angehört. Daher hat sie eine allein „vom Erblasser herrührende" Verbindlichkeit begründet, für die die Erben nach § 1967 haften müssen, aber mit der Befugnis, die Haftung auf den Nachlaß zu beschränken. Da das Urteil gegen den (später bestellten) Nachlaßpfleger ergangen ist, war nach § 780 Abs. 2 ZPO. ein ausdrücklicher Vorbehalt der beschränkten Haftung nicht erforderlich.

Das Urteil des LG. Freiburg ist somit im Ergebnis zutreffend, wenn auch die Begründung in einigen Punkten nicht ganz befriedigt. Aber für seine entschiedene und wissenschaftlich gründliche Beweisführung, daß für die Erben auch durch Handlungen des Erblassers, die zu seinen Lebzeiten noch nicht zu vollem Abschluß gelangt sind, aber doch schon den eigentlichen Schuldgrund enthalten, Nachlaßverbindlichkeiten begründet werden, daß also die Erben insoweit „das pflichtbelastete Rechtsleben des Erblassers fortsetzen", gebührt dem LG. Freiburg der Dank der Rechtswissenschaft und der Rechtsprechung.

Streitwert und Kosten im steuerlichen Rechtsmittelverfahren

Von Regierungsassessor Dr. Reinhard Kapp, Berlin

Wenn ein Steuerpflichtiger sich durch einen Steuerbescheid beschwert fühlt (§ 232 der Reichsabgabenordnung)[1]), entsteht für ihn regelmäßig die Frage, welche Kosten durch die Einlegung und Durchführung eines Rechtsmittels gegen diesen Steuerbescheid entstehen. Diese Frage ist bei höheren Objekten häufig von erheblicher Bedeutung. Bei geringeren Objekten entsteht darüber hinaus im Hinblick auf § 286 AO. die Frage, ob überhaupt eine Möglichkeit besteht, gegebenenfalls den Reichsfinanzhof anzurufen. Insbesondere der Rechtsanwalt wird sich nicht nur bei der Erledigung der Steuerangelegenheiten seiner Mandanten, sondern auch bei der Bearbeitung seiner eigenen Steuerangelegenheiten mit diesen Fragen zu befassen haben. Es erscheint daher angezeigt, die für die Streitwertermittlung und Kostenerhebung im steuerlichen Rechtsmittelverfahren wichtigsten Grundsätze einer Betrachtung zu unterziehen. Ausgangspunkt dieser Betrachtung ist der Streitwert.

A. Der Streitwert

I. Bedeutung

Der Streitwert spielt im steuerlichen Rechtsmittelverfahren eine dreifache Rolle:

1. Wenn der Streitgegenstand keinen höheren Wert als 100 *RM* hat, kann das Finanzgericht[2]), ohne daß eine weitere Aufklärung des Sachverhalts oder eine Stellungnahme zu Rechtsfragen erforderlich ist, nach freiem Ermessen entscheiden, sofern die mit der Berufung angefochtene Entscheidung nicht zu Ungunsten des Steuerpflichtigen abgeändert wird (§ 265 AO.).

2. Rechtsbeschwerde an den Reichsfinanzhof[3]) kann nur eingelegt werden, wenn entweder der Wert des Streitgegenstandes höher ist als 500 *RM*, oder wenn das FG. wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Streitsache die Rechtsbeschwerde zugelassen hat (§ 286 AO.)[4]).

3. Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens werden nach dem Streitwert berechnet (vgl. § 311 Abs. 2 AO.).

Von praktischer Bedeutung sind im allgemeinen nur die Ziff. 2 und 3. Soweit es sich um die Frage der Rechtsbeschwerdefähigkeit handelt (2), hat der Steuerpflichtige — jedenfalls bei kleineren Objekten — regelmäßig ein Interesse an einem möglichst hohen Streitwert. Für die Kostenberechnung hat er dagegen stets ein Interesse an der Festsetzung eines niedrigen Streitwertes. Es liegt aber ohne weiteres auf der Hand, daß als Streitwert in ein und demselben Verfahren grundsätzlich immer nur ein Wert festgestellt werden kann und nicht etwa eine verschiedene Feststellung stattzufinden hat, je nachdem es sich bei dem Streitwert um die Grenzen des Rechtsschutzes (§ 286 AO.) oder um die Kosten (§ 311 AO.) handelt[5]). Schwierigkeiten bereiten regelmäßig nur die Fälle, in denen der Steuerpflichtige eine Erhöhung des Streitwertes begehrt, um die Rechtsbeschwerdemöglichkeit zu haben.

II. Die Ermittlung des Streitwertes

Für den Wert des Streitgegenstandes ist grundsätzlich der Steuerbetrag maßgebend, um den gestritten wird. Dieser Betrag steht aber eindeutig nur bei den Steuern fest, bei denen steuerliche Nebenwirkungen nicht in Betracht kommen. Dies gilt insbesondere für die Umsatzsteuer. Wird der Umsatz eines Einzelhändlers vom FinA. auf 100000 *RM* festgestellt, während der Steuerpflichtige nur einen Umsatz von 90000 *RM* gehabt haben will, dann ist der Wert des Streitgegenstandes 2 v. H. von 10000 *RM* = 200 *RM*. Schwieriger ist die Streitwertermittlung dagegen dann, wenn von der Festsetzung einer Steuer andere Steuern abhängen oder wenn unmittelbar überhaupt kein Steuerbetrag in Streit befangen ist, es sich vielmehr entweder um die Ermittlung von Werten oder um die Festsetzung eines Steuermeßbetrages oder um eine einheitliche Gewinnfeststellung, also um Entscheidungen handelt, die ihrerseits erst steuerliche Wirkungen nach sich ziehen. Gesetzliche Bestimmungen darüber, welche steuerrechtlichen Belange des Steuerpflichtigen in derartigen Fällen zu berücksichtigen sind, gibt es nicht. Es gilt insoweit vielmehr freies Ermessen (§ 320 Abs. 4 AO.). Dieses freie Ermessen ist aber durch die Verwaltungspraxis und die Rechtsprechung in bestimmte Bahnen gelenkt.

1. Rechtsmittel gegen die Heranziehung zu einer bestimmten Steuerart, an die sich andere Steuern anschließen. Die in der Praxis wichtigste Steuer dieser Art ist die Einkommensteuer[6]). Die Einkommensteuer richtet sich nach dem in dem vorangegangenen Kalenderjahr erzielten Einkommen oder nach dem Verbrauch dieses Jahres[7]). Mit Rück-

[1]) Im folgenden AO. genannt.
[2]) Im folgenden FG. abgekürzt.
[3]) Im folgenden RFH. abgekürzt.
[4]) Unter „grundsätzlicher Bedeutung" ist eine allgemeine, von der Person des jeweiligen Rechtsmittelführers unabhängige rechtsgrundsätzliche Bedeutung zu verstehen. Die mit einer anderen Begründung vom FG. ausgesprochene Zulassung ist gegenstandslos (RStBl. 1935, 1172; 1937, 1174).
[5]) RStBl. 1932, 229; 1938, 554.
[6]) Nur auf diese soll in diesem Zusammenhang eingegangen werden.
[7]) Zu der Frage der Streitwertfestsetzung, wenn es sich um die Einkommensteuer verschiedener Jahre handelt, und wenn für jedes Jahr dieselbe Frage streitig ist, vgl. die wichtigen Entscheidungen des RFH. in RStBl. 1936, 687; 1938, 601.

sicht auf den gestaffelten Einkommensteuertarif kann der gleiche Einkommensunterschied bei verschiedenen Personen zu einem verschiedenen Streitwert führen. Bei einem Einkommen eines Ledigen in Höhe von 6000 *RM* bedingt z. B. ein Einkommensmehr von 2000 *RM* einen Streitwert von 480 *RM*, während dasselbe Mehr bei einem Einkommen von 60 000 *RM* einen Streitwert von 1280 *RM* ergibt. Bei der Einkommensteuerveranlagung Lediger ist bei gleich hohem Einkommen und gleichem Einkommensunterschied der Streitwert höher als bei der Veranlagung von Ehegatten mit oder ohne Kinder. Es erhebt sich nun die Frage, ob bei der Bemessung des Streitwertes bei der Einkommensteuer die Wirkungen mit zu berücksichtigen sind, die die Einkommensteuer auf die Einkommensteuervorauszahlungen und auf andere Steuern ausübt. Der RFH. hat in ständiger Rechtsprechung den Standpunkt vertreten, daß als Streitgegenstand nur das gilt, was für die Steuer erstrebt wird, über die unmittelbar entschieden wird[8]). Unmittelbar gestritten und entschieden wird in Einkommensteuersachen nur über die Einkommensteuer des streitigen Jahres. Die Wirkung der Einkommensteuer auf die Einkommensteuervorauszahlungen, die erst das nächste Jahr betreffen, sind daher nicht mit zu berücksichtigen[9]). Dasselbe gilt für die Steuern, die sich an die Einkommensteuer anschließen: Kirchensteuer[10]), Gewerbesteuer[11]). Für die Gewerbesteuer hat der RFH. aber eine Ausnahme dann zugelassen, wenn es sich im Ergebnis allein um die Gewerbesteuer handelt, wenn z. B. ohne Änderung für die Einkommensteuer der Streit ausschließlich darüber besteht, ob Einkünfte als Einkünfte aus Gewerbebetrieb oder als Einkünfte aus Kapitalvermögen oder nichtselbständiger Arbeit anzusehen sind[12]). In diesem Fall hat der RFH. eine Ausnahme deshalb zugelassen, weil dem Steuerpflichtigen sonst die Möglichkeit entzogen wäre, in einem geordneten Rechtsmittelverfahren die Grundlage der ihn unter Umständen schwer belastenden Gewerbesteuer zu bekämpfen.

2. Rechtsmittel gegen die übrigen Entscheidungen, bei denen unmittelbar kein Steuerbetrag in Streit befangen ist. In diesen Fällen ist der Streitwert nach den Wirkungen bemessen, die die Entscheidung über das Rechtsmittel auf die abhängigen Steuern ausübt[13]).

Bei der Festsetzung des Streitwerts in Gewerbesteuersachen ist die enge Bindung des Gewerbesteuerbescheides an den Gewerbesteuermeßbetrag zu beachten[14]). Der Steuermeßbetrag allein besagt für den Steuerpflichtigen nicht, welchen Steuerbetrag er zu entrichten hat, sondern nur in enger Verbindung mit dem Steuersatz der betreffenden Gemeinde. Mit Rücksicht auf diese Bindung vertritt der RFH. den Standpunkt, daß in einem Rechtsmittelverfahren gegen den Steuermeßbescheid im Endergebnis nicht um die Höhe des Meßbetrages, sondern um die Höhe des von der Gemeinde zu erhebenden Steuerbetrages gestritten wird. Wert des Streitgegenstandes ist daher der Unterschied zwischen dem festgesetzten und dem erstrebten Steuermeßbetrag, vervielfältigt um den Hebesatz der zuständigen Gemeinde[15]).

Für die einheitliche Gewinnfeststellung nach § 215 AO., von der die Veranlagung der Gesellschafter einer Personalgesellschaft zur Einkommensteuer abhängt, hat der RFH. in ständiger Rechtsprechung den Streitwert mit 10 v. H. des einheitlichen Gewinns angenommen. „Denn es kann den Steuergerichten nicht zugemutet werden, gelegentlich der Entscheidung über eine einheitliche Gewinnfeststellung eingehende Berechnungen darüber anzustellen, welche Wirkungen eine Entscheidung nach dem Antrag des Rechtsmittelführers auf die Veranlagung der einzelnen an der Gesellschaft beteiligten Steuerpflichtigen haben würde. Wenn aber klar zutage tritt, daß durch eine dem Antrag entsprechende einheitliche Feststellung des Gewinnes bei einem Beteiligten die Einkommensteuer sich um mehr als 500 *RM* ändern würde, so würde eine schematische Festsetzung des Streitwertes auf 10 v. H. des streitigen Gewinnbetrages im Hinblick auf § 286 AO. eine unbillige Einschränkung des Rechtsschutzes bedeuten[16])."

Auch in Einheitswertsachen, bei denen ebenfalls ein Steuerbetrag nicht in Streit befangen ist, ist der Streitwert nach der Wirkung zu bemessen, die der streitige Wertunterschied auf die von dem Einheitswert abhängigen Steuern ausübt. Da es praktisch nicht möglich ist, die auf den Einheitswert zurückgreifenden Steuern in jedem einzelnen Fall zu berechnen oder auch nur zu schätzen, hat der RFH. in ständiger Rechtsprechung eine Pauschalbemessung des Streitwertes zugelassen. Während der Streitwert nach dem RBewG. 1931 auf 10 v. T. des streitigen Einheitswertbetrages festzusetzen war[17]), ist er mit Rücksicht darauf, daß die Einheitswerte für Grundbesitz[18]) ab 1. April 1938 der Grundsteuer zugrunde gelegt werden, heute in der Regel bei land- und forstwirtschaftlichen Grundstücken auf 15 v. T., bei sonstigem Grundbesitz auf 25 v. T. und bei Betriebsvermögen auf 10 v. T. des streitigen Wertunterschiedes festzusetzen[19]). Wie bereits hervorgehoben, gilt der Pauschsatz jedoch nur für die Regel[20]). Er umfaßt lediglich die Vermögensteuer und die Grundsteuer[21]). Die Aufbringungsumlage kommt wegen der Erhöhung der Freigrenze auf 500 000 *RM* bei den meisten Bewertungsfällen nicht mehr in Betracht. Wenn aber im einzelnen Fall von der Entscheidung außer der Vermögensteuer und der Grundsteuer auch die Aufbringungsumlage[22]), die Grunderwerbsteuer, die Erbschaftsteuer oder die Reichsfluchtsteuer[23]) abhängt, dann kann es angebracht sein, dem sonach größeren Interesse des Steuerpflichtigen an der Entscheidung Rechnung zu tragen und den Streitwert höher festzusetzen[24]). Bei der Einheitsbewertung von Betriebsvermögen ist der bisherige Satz von 10 v. T. beibehalten worden. In den Fällen, in denen der Einheitswert die Bemessungsgrundlage für die Aufbringungsumlage oder für die Gewerbekapitalsteuer bildet oder auf die Reichsfluchtsteuer Einfluß hat, kann der Streitwert entsprechend höher festgesetzt werden[24a]).

Diese Grundsätze für die Wertfeststellung in Einheitswertsachen gelten auch dann, wenn die Entscheidung erst nach Ablauf des Feststellungszeitraums ergeht und daher die Gesamtsumme der von der Entscheidung abhängigen Steuerbeträge bekannt ist; denn der RFH. hat mit der Aufstellung

---

[8]) RStBl. 1937, 76; 1938, 554. Diese Rechtsprechung des RFH. entspricht einerseits dem Bedürfnis des Reichs nach Vereinfachung der Steuerrechtspflege, andrerseits liegt sie aber auch im Interesse des Steuerpflichtigen, für den die Einbeziehung sämtlicher steuerrechtlicher Interessen in den Streitwert im Fall des Unterliegens eine erhebliche Mehrbelastung mit Kosten bedeuten würde.

[9]) RStBl. 1931, 549; 1933, 964; 1937, 76: „Aus diesem Grunde kann auch das Interesse, das der Steuerpflichtige etwa daran haben könnte, daß er zunächst nur niedrigere Vorauszahlungen zu leisten braucht und infolgedessen die für die Einkommensteuerzahlungen erforderlichen Mittel länger zur eigenen Verfügung behalten kann, bei der Bemessung des Streitwerts nicht berücksichtigt werden."

[10]) RStBl. 1933, 964; 1937, 1231; 1938, 554.

[11]) RStBl. 1933, 964.

[12]) RStBl. 1931, 405; 1932, 229; 1933, 965; 1936, 210; 1937, 1231.

[13]) Vgl. RStBl. 1938, 554.

[14]) Vgl. § 212 a und b AO.

[15]) RStBl. 1937, 1231.

[16]) RStBl. 1934, 217; 1937, 1231.

[17]) RStBl. 1932, 229.

[18]) Die Einheitswerte für landwirtschaftliche Grundstücke bilden außerdem die Bemessungsgrundlage für die Reichsnährstandsbeiträge.

[19]) RStBl. 1937, 907 (Gutachten des RFH.).

[20]) Zu der Frage, wie zu verfahren ist, wenn kein bestimmter Einheitswertbetrag in Streit befangen ist, der Streit vielmehr z. B. darüber besteht, wer Eigentümer einer wirtschaftlichen Einheit ist, vgl. Seweloh: „Steuer und Wirtschaft" 1932, 699.

[21]) Im Verfahren über ein Rechtsmittel, das ein Steuerpflichtiger gegen einen Grundsteuermeßbescheid eingelegt hat, ist der Wert des Streitgegenstandes in der Regel auf das Zweifache des Grundsteuerbetrages festzusetzen, der für das Rechnungsjahr 1938 auf den streitigen Steuermeßbetrag entfällt (RStBl. 1938, 657).

[22]) RStBl. 1935, 1397.

[23]) Vgl. die Ausführungen zur Vermögensteuer.

[24]) RStBl. 1932, 229.

[24a]) RStBl. 1937, 907.

der Pauschsätze nicht beabsichtigt, den Streitwert nach den Steuern des gesamten Feststellungszeitraumes zu bemessen. Die Ungewißheit der Dauer des Feststellungszeitraumes und der von der Entscheidung abhängigen Steuerbeträge hat bei der Wahl des Pauschsatzes nur eine untergeordnete Rolle gespielt[25]). Aus demselben Grunde bietet auch die Hinausschiebung der nächsten Einheitsbewertung um ein Jahr keinen Anlaß, den Pauschsatz zu ändern[26]).

Im Rechtsmittelverfahren gegen Vermögensteuerveranlagungen ist der Wert des Streitgegenstandes regelmäßig auf den doppelten Betrag der streitigen Jahressteuer festzusetzen[27]). Bei der Feststellung des Vermögens von jüdischen Steuerpflichtigen wird in der Regel der Einfluß des streitigen Vermögenswertes auf die Höhe der Reichsfluchtsteuer zu berücksichtigen sein; in jedem Fall dann, wenn das FinA. bereits Sicherheitsleistung für eine gegebenenfalls später fällig werdende Reichsfluchtsteuer von dem Steuerpflichtigen verlangt hat[28]). Da die Reichsfluchtsteuer 25 v. H. des gesamten steuerpflichtigen Vermögens[29]) beträgt, werden bei jüdischen Vermögensteuerpflichtigen die Voraussetzungen für die Einlegung der Rechtsbeschwerde regelmäßig gegeben sein.

3. Die nachträgliche Erweiterung des Rechtsbeschwerdeantrags kann, wenn sie offensichtlich nur zu dem Zweck erfolgt, die für die Zulässigkeit der Rechtsbeschwerde maßgebende Wertgrenze zu erreichen, die Zulässigkeit der Rechtsbeschwerde nicht begründen[30]). Ebenso ist die Beschränkung des vom Steuerpflichtigen gestellten Antrages im Laufe des Rechtsmittelverfahrens für die Verteilung der Kostenlast ohne Bedeutung[31]). Wird eine Entscheidung von der Rechtsmittelinstanz zum Nachteil des Steuerpflichtigen geändert (§ 243 Abs. 3 AO.), so kommt eine Erhöhung des Streitwertes m. E. nicht in Betracht. Das Rechtsmittelverfahren stellt insoweit gewissermaßen eine Fortsetzung des Steuerermittlungsverfahrens dar und ist daher insoweit kostenfrei (§ 227 AO.). Legen sowohl der Steuerpflichtige als auch die Steuerbehörde Rechtsmittel ein (§ 239 AO.), so ist der Streitwert für jedes Rechtsmittel getrennt zu berechnen[32]).

B. Kosten

I. Die persönliche Kostentragungspflicht

Nach der grundlegenden Vorschrift des § 307 Abs. 1 AO. hat der Steuerpflichtige die Kosten des gesamten Rechtsmittelverfahrens (die Kosten der sämtlichen Rechtsstufen) zu tragen, wenn er im endgültigen Ergebnis unterliegt. Wer das Rechtsmittel eingelegt hat, ist dabei unerheblich. Legt z. B. der Vorsteher des FinA. gegen eine dem Antrag des Steuerpflichtigen stattgebende Entscheidung des FG. Rechtsbeschwerde ein, und kommt der RFH. zu demselben Ergebnis wie das FinA., so ist der Steuerpflichtige im Ergebnis unterlegen und hat die Kosten zu tragen. Unterliegt der Steuerpflichtige zum Teil, so können ihm die Kosten zum Teil, insbesondere seine eigenen Kosten, auferlegt werden. Ob und in welchem Umfang dieses geschieht, liegt ausschließlich im Ermessen der entscheidenden Stelle[33]). Das FinA. wird dem Steuerpflichtigen z. B. in Fällen, in denen er mit seinen Anträgen im Einspruchsverfahren im wesentlichen durchdringt, überhaupt keine Kosten auferlegen. Nimmt der Steuerpflichtige ein Rechtsmittel zurück (§ 253 AO.), so hat er die Kosten des von ihm eingelegten Rechtsmittels zu tragen (§ 307 Abs. 2 S. 1 AO.). Nimmt er das Rechtsmittel teilweise zurück, so können ihm die Kosten zum Teil, insbesondere seine eigenen Kosten, auferlegt werden. Der Vorteil einer Rechtsmittelzurücknahme gegenüber einer abweisenden Entscheidung ist die Ermäßigung der Rechtsmittelgebühr auf die Hälfte (§ 311 Abs. 3 AO.). Zur Vermeidung von Mißbräuchen tritt eine Ermäßigung aber nicht ein, wenn dem Rechtsmittelführer bereits eine Entscheidung nach § 252 Abs. 2 S. 1 AO. (Bescheid des Vorsitzenden des FG. oder RFH. über die Unzulässigkeit eines Rechtsmittels), nach § 271 Abs. 2 S. 2 AO. (vorläufiger Bescheid des FG.-Vorsitzenden) und nach § 294 Abs. 2 S. 1 AO. (Bescheid des RFH. ohne mündliche Verhandlung) zugegangen ist[34]). Dem Steuerpflichtigen können die Kosten eines von ihm eingelegten Rechtsmittel ganz oder zum Teil auch dann auferlegt werden, wenn das Rechtsmittel zwar Erfolg hat, die Entscheidung aber auf Tatsachen beruht, die der Steuerpflichtige früher hätte geltend machen können und müssen. Weiterhin können dem Steuerpflichtigen Kosten auferlegt werden, die er durch unbegründete Anträge und Einwendungen verschuldet hat (§ 307 Abs. 3 AO.).

Nach § 309 AO. hat Kosten, die nicht dem Steuerpflichtigen zur Last fallen, das Reich zu tragen. Dieses ist in der Entscheidung zum Ausdruck zu bringen. Die Kostentragungspflicht des Reichs gilt auch dann, wenn es sich um vom Reich verwaltete Gemeindesteuern (Grundsteuer, Gewerbesteuer) handelt. Wird eine Steuer aber nicht vom Reich verwaltet (Bürgersteuer), so sind die Kosten, soweit sie nicht dem Steuerpflichtigen zur Last fallen, von der betreffenden Gemeinde zu tragen[35]).

II. Sachliche Kostenpflicht

Die Kostenpflicht umfaßt die Verpflichtung, Rechtsmittelgebühren (1, 3) zu zahlen und Auslagen der Rechtsmittelbehörden (2, 3) zu erstatten, und die Verpflichtung, notwendige Auslagen (4) zu erstatten, die dem Steuerpflichtigen durch das Rechtsmittelverfahren erwachsen sind (§ 310 AO.).

1. Rechtsmittelgebühren.

Eine Rechtsmittelgebühr wird nach § 311 Abs. 1 AO. nur dann erhoben, wenn die Kosten einem Steuerpflichtigen zur Last fallen. Die Gebühr wird nach dem Wert des Streitgegenstandes berechnet (vgl. A). Sie beträgt für das Verfahren über einen Einspruch, eine Beschwerde oder Anfechtung das Einfache der im § 8 GKG. vorgeschriebenen Gebühren, für das Verfahren über eine Berufung das Doppelte und für das Verfahren über eine Rechtsbeschwerde das Dreifache dieser Gebühren (§ 311 Abs. 2 AO.)[36]). Das durch die Berufung eingeleitete Verfahren umfaßt sämtliche Teile des Berufungsverfahrens vor dem FG. bis zum Erlaß desjenigen Berufungsurteils, das entweder selbst unanfechtbar wird oder der unanfechtbaren Entscheidung des RFH. vorangeht. Wird auf die Rechtsbeschwerde des Steuerpflichtigen die Sache an das FG. zurückverwiesen, so geschieht dieses, um eine Vervollständigung oder Verbesserung des Berufungsverfahrens zu erwirken. Vom Standpunkt der Gebührenerhebung aus wird zu dem angegebenen Zweck das Berufungsverfahren fortgesetzt. Für die Gebühr gibt es daher nur ein Berufungsverfahren, daher auch nur eine einmalige Erhebung der Gebühren für die Berufung[37]). Wird der RFH. auch gegenüber dem zweiten Urteil des FG. angerufen, so handelt es sich um zwei verschiedene Rechtsbeschwerden, so daß die Rechtsbeschwerdegebühr doppelt zu erheben ist.

---

[25]) RStBl. 1937, 1112; 1937, 1209.
[26]) RStBl. 1934, 852.
[27]) RStBl. 1933, 202; 1937, 364.
[28]) RFH. 41, 125.
[29]) Vgl. hierzu JW. 1938, 1619 ff.
[30]) RStBl. 1936, 66; 1937, 76; 1938, 267.
[31]) Kartei Mrozek AO. 1931 § 307 Abs. 2 Rechtsspruch 1.
[32]) RFH. 29, 356.
[33]) RStBl. 1936, 538 a. E.
[34]) Vgl. auch RStBl. 1934, 303.
[35]) RStBl. 1934, 1014; 1936, 310; „Steuer und Wirtschaft" 1938 Nr. 112.
[36]) Vgl. auch die Entscheidung des RFH. v. 24. Okt. 1934 in RStBl. 1934, 1388: „Es kann allerdings einem Steuerpflichtigen nicht verwehrt werden, eine Rechtsanschauung, mit der er für einen bestimmten Steuerabschnitt nicht durchgedrungen ist, für einen anderen Steuerabschnitt erneut vorzutragen. Wenn aber ein Steuerpflichtiger immer und immer wieder mit den gleichen, längst widerlegten Gründen seine Steuerpflicht durch Rechtsmittel angreift, muß darin schließlich eine mutwillige Rechtsmitteleinlegung im Sinn des § 50 der Dritten Steuernotverordnung v. 14. Febr. 1924 (RGBl. I, 74, 86) erblickt werden." Nach dieser Bestimmung kann die nach § 311 Abs. 2 AO. geschuldete Gebühr auf das Doppelte erhöht werden.
[37]) RStBl. 1931, 791 (vgl. auch § 27 GKG.).

2. Auslagen der Rechtsmittelbehörden.

Diese zerfallen in solche, die einzeln berechnet und erhoben werden[38]), und in solche, die in Form einer Abfindung erhoben werden (§ 313 AO.). Die Abfindung beträgt nach § 313 Abs. 2 AO. 15 v. H. der Rechtsmittelgebühr, jedoch mindestens eine und höchstens fünfzig Reichsmark.

Zur Erleichterung der Berechnung der Gebühr und Abfindung möge folgende Übersicht dienen (vgl. dazu auch § 8 GKG.):

Streitwert[39]) bis zu RM		Einspruch		Berufung		Rechtsbeschwerde	
		Gebühr	Abfindung	Gebühr	Abfindung	Gebühr	Abfindung
60		2,—	1,—	4,—	1,—	6,—	1,—
100		3,—	1,—	6,—	1,—	9,—	1,35
500	3 v. H.	15,—	2,25	30,—	4,50	45,—	6,75
1000		30,—	4,50	60,—	9,—	90,—	13,50
1500	2 v. H.*)	40,—	6,—	80,—	12,—	120,—	18,—
2000		50,—	7,50	100,—	15,—	150,—	22,50
2500		55,—	8,25	110,—	16,50	165,—	24,75
5000	1 v. H.*)	80,—	12,—	160,—	24,—	240,—	36,—
10000		130,—	19,50	260,—	39,—	390,—	50,—
20000	1/2 v. H.*)	180,—	27,—	360,—	50,—	540,—	50,—

*) von dem Mehrbetrag.

Bestehen bei hinreichend geklärtem Tatbestand zwischem Steuerpflichtigen und FinA. nur Meinungsverschiedenheiten über die Auslegung und Anwendung von Steuervorschriften und ist nicht zu erwarten, daß das FinA. seine in dem Steuerbescheid vertretene Auffassung aufgibt, so empfiehlt es sich für den Steuerpflichtigen im Kosteninteresse, aber auch zur Beschleunigung des Verfahrens, Sprungberufung nach § 261 AO., zu der allerdings die Einwilligung des Vorstehers des FinA. erforderlich ist, einzulegen. Die Einspruchsgebühr fällt in diesem Fall fort.

3. Rechtsmittelgebühren (1) oder Auslagen der Rechtsmittelbehörden (2), die durch unrichtige Behandlung der Sache ohne Schuld der Beteiligten entstanden sind, werden nach § 314 AO. nicht erhoben. Unrichtige Sachbehandlung liegt z. B. dann vor, wenn eine Rechtsfrage, deren Entscheidung nach der Lage der Sache nicht zweifelhaft sein konnte, unrichtig entschieden worden ist. Selbst wenn aber eine unrichtige Sachbehandlung anzunehmen ist, können noch Zweifel über die Anwendung dieser Bestimmung in der Richtung bestehen, ob die Gebühren und Auslagen durch die unrichtige Sachbehandlung entstanden sind, d. h. ob nicht auch bei richtiger Sachbehandlung ein im Ergebnis erfolgloses Rechtsmittel durch den Steuerpflichtigen eingelegt worden wäre. Wenn nicht besondere Anhaltspunkte dafür vorliegen, wird zugunsten des Steuerpflichtigen regelmäßig davon auszugehen sein, daß er sich bei richtiger Sachbehandlung mit der Entscheidung abgefunden hätte[40]). Über die Anwendung des § 314 AO., der im übrigen in der Praxis nur geringe Bedeutung hat, entscheidet nach § 318 AO. die Rechtsmittelinstanz in der Rechtsmittelentscheidung.

4. Erstattung von notwendigen Auslagen.

Nach § 316 AO. sind dem Steuerpflichtigen, soweit ihm keine Kosten auferlegt werden, notwendige Auslagen zu erstatten. Notwendig im Sinn dieser Bestimmung sind alle Auslagen, die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung bzw. Rechtsverteidigung erforderlich sind. Nach § 316 Satz 2 und 3 AO. hat der Steuerpflichtige jedoch keinen Anspruch auf Entschädigung für Zeitversäumnis und auf Erstattung von Kosten, die durch Zuziehung eines Bevollmächtigten oder Beistandes entstanden sind. Der Steuerpflichtige kann daher Rechtsanwaltsgebühren nicht mit der Begründung erstattet verlangen, die Zuziehung eines Rechtsanwaltes sei nach Lage der Sache zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig gewesen. Andererseits kann nicht die Erstattung aller Kosten, die dem Bevollmächtigten entstanden sind, abgelehnt werden. Es kommt vielmehr darauf an, ob die Kosten durch die Zuziehung des Bevollmächtigten entstanden sind, also mit der Zuziehung in einem ursächlichen Zusammenhang stehen. Dieser ursächliche Zusammenhang, der seine Stütze in dem Wortlaut des Gesetzes findet, ist zu verneinen, soweit es sich z. B. um Porto und Schreibauslagen handelt, die der Steuerpflichtige selbst hätte bestreiten müssen, wenn er den Bevollmächtigten nicht zugezogen hätte. Es kann keinen Unterschied machen, ob der Steuerpflichtige diese Kosten selbst aufgewandt hat oder ob sie der Bevollmächtigte für ihn ausgelegt hat. Dasselbe muß gelten, wenn es sich um Reisekosten handelt, die ein zugezogener Bevollmächtigter aufgewandt hat. Reisekosten eines Bevollmächtigten sind dann erstattungsfähig, wenn sie zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig waren, und wenn dem Steuerpflichtigen ohne Zuziehung eines Bevollmächtigten gleiche Auslagen entstanden wären. Die Notwendigkeit der Wahrnehmung eines Termins vor dem FG. oder dem RFH. kann nur mit in der Sache selbst liegenden Gründen verneint werden, nicht dagegen mit der Begründung, der Steuerpflichtige sei zur mündlichen Verhandlung der Sache nicht geeignet. Umgekehrt wird man die Notwendigkeit von Reisekosten anzuerkennen haben, wenn ein Steuerpflichtiger mit Rücksicht auf seinen Bildungsgrad nicht in der Lage ist, ein Rechtsmittel schriftlich einzulegen und zu begründen, und wenn er es daher bei der außerhalb seines Wohnortes gelegenen Behörde schriftlich zu Protokoll gibt[41]). In der Praxis sind Anträge auf Kostenerstattung mit Rücksicht auf die in § 316 Satz 2 und 3 AO. enthaltenen Beschränkungen recht selten.

III. Verfahren

1. Entscheidung über die Kostenpflicht.

Nach § 318 Abs. 1 AO. ist bei der Entscheidung über ein Rechtsmittel über die Kosten des Rechtsmittelverfahrens zu befinden. Vor-, Teil- und Zwischenentscheidungen im Sinn des § 284 Abs. 2 AO. stehen nur für die Einlegung weiterer Rechtsmittel Endentscheidungen gleich; sie sind aber keine Entscheidungen über ein Rechtsmittel im Sinn des § 318 Abs. 1 AO. und dürfen daher keine Kostenentscheidung, sondern zweckmäßigerweise nur den Vorbehalt enthalten, daß die Entscheidung über die Kosten der Endentscheidung vorbehalten bleibt. Wird dagegen über ein Rechtsmittel gegen eine Entscheidung im Sinn des § 284 Abs. 2 AO. entschieden, so bedarf es einer Kostenentscheidung (vgl. § 284 Abs. 3 AO.). Ist die Kostenentscheidung entgegen der Vorschrift des § 318 Abs. 1 AO. unterblieben, so ist die Entscheidung zu ergänzen. Wird eine Sache in eine frühere Rechtsstufe zurückverwiesen, so kann — und das ist in der Praxis üblich — der für diese Rechtsstufe zuständigen Behörde die Entscheidung über die Kosten des Verfahrens übertragen werden (§ 318 Abs. 2 AO.). Wie sich aus § 232 AO. „durch die Höhe der festgesetzten Steuer" ergibt, kann eine Entscheidung nicht nur wegen der Kosten angefochten werden, und zwar auch dann nicht, wenn die Entscheidung nur über die Kosten ergangen ist (vgl. § 318 Abs. 1 AO.)[42]). Ist ein Rechtsmittel seinem vollen Umfang nach zurückgenommen worden, so wird über die Kosten des Rechtsmittels nicht besonders entschieden (§ 318 Abs. 3 AO.). Es werden dann vielmehr die Rechtsmittelkosten formlos von dem Steuerpflichtigen angefordert. Dieses gilt auch dann, wenn sowohl der Steuerpflichtige wie das FinA. ein Rechtsmittel eingelegt haben und eines der beiden Rechtsmittel zurückgenommen worden ist[43]).

2. Kostenerlaß.

Wenn die Einlegung eines Rechtsmittels auf entschuldbarer Unkenntnis der Verhältnisse oder auf Un-

[38]) Vgl. die umfangreiche Aufstellung der einzelnen in Betracht kommenden Auslagen in § 312 AO.

[39]) Der Wert des Streitgegenstandes wird, abgesehen von den Stufen bis zu 60 RM, auf die nächsthöheren 100 RM, bei Gegenständen mit einem Streitwert von mehr als 20000 RM auf die nächsthöheren 1000 RM abgerundet (§ 8 GKG.).

[40]) Kartei Mrozek AO. 1931 § 314 Rechtsspruch 1.

[41]) Vgl. hierzu das grundlegende Gutachten des RFH. v. 9. Juli 1932: RStBl. 1932, 699.

[42]) Vgl. auch „Steuer und Wirtschaft" 1938 Nr. 112.

[43]) RStBl. 1935, 1465.

wissenheit beruht oder wenn es aus sonstigen Gründen unbillig erscheint, die Kosten nach den gesetzlichen Vorschriften zu erheben, so können die Rechtsmittelgebühr und die der Rechtsmittelbehörde erwachsenen Auslagen ganz oder teilweise erlassen werden (§ 319 AO.). Diese Vorschrift ist im Gegensatz zu der Bestimmung des § 314 AO. in der Praxis von erheblicher Bedeutung. Sie wird fast regelmäßig angewandt, wenn der Steuerpflichtige den gegen einen Steuerbescheid eingelegten Einspruch nach Belehrung zurücknimmt (vgl. auch § 311 Abs. 3 AO.)[44]). Die Zuständigkeit für den Kostenerlaß ergibt sich aus § 319 Abs. 2 AO. Wenn über das Rechtsmittel entschieden wird, ist die Rechtsmittelbehörde zuständig. Wird eine Sache in eine frühere Rechtsstufe zurückverwiesen, so ist die Behörde zuständig, die für die frühere Rechtsstufe zuständig ist (vgl. § 318 Abs. 2 AO.). Wenn das Rechtsmittel seinem vollen Umfang nach zurückgenommen worden ist, so ist der Vorsitzende der Behörde, gegen deren Entscheidung das Rechtsmittel gerichtet war, zuständig.

3. Streitwertfestsetzung.

Die Ausführungen unter A befassen sich nur mit der sachlichen Ermittlung des Streitwertes. Sie bedürfen noch einer Ergänzung nach der verfahrensrechtlichen Seite. Die Zuständigkeit für die Streitwertfestsetzung bestimmt sich nach den gleichen Grundsätzen wie die für den Kostenerlaß nach § 319 AO. (vgl. oben III, 2). Wenn die Streitwertfestsetzung, obwohl sie erforderlich gewesen wäre, in der Rechtsmittelentscheidung unterblieben ist, so ist sie nachzuholen. Wird eine Sache in eine frühere Rechtsstufe zurückverwiesen, so kann der für diese Rechtsstufe zuständigen Behörde, ebenso wie ihr nach § 318 Abs. 2 AO. die Entscheidung über die Kosten des Verfahrens übertragen werden kann, auch die Festsetzung des Wertes des Streitgegenstandes übertragen werden (§ 320 Abs. 2 AO.). Da es sich bei der Streitwertfestsetzung ebenso wie bei der Entscheidung über den Kostenpunkt nur um eine die Entscheidung in der Hauptsache ergänzende Nebenentscheidung handelt, kann die Streitwertfeststellung nur zusammen mit der Hauptentscheidung angefochten werden. Eine besondere Bekanntgabe von Entscheidungen, durch die — nur — der Wert des Streitgegenstandes festgestellt worden ist, an den Steuerpflichtigen ist nicht notwendig; es genügt vielmehr, wenn die Wertfeststellung in dem Kostenfestsetzungsbescheid hervorgehoben wird (§ 321 AO.). Diese Bestimmung ist von besonderer Bedeutung in den Fällen der Zurücknahme von Rechtsmitteln.

4. Kostenfestsetzungsbescheid.

Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens einschließlich der den Beteiligten zu erstattenden Auslagen werden für alle Rechtsstufen nur noch von der Geschäftsstelle des FinA. festgesetzt, das in der ersten Rechtsstufe entschieden hat. Hat in der ersten Rechtsstufe eine Gemeindebehörde entschieden, so ist die Geschäftsstelle des FinA. zuständig, in dessen Bezirk die Gemeindebehörde ihren Sitz hat (§ 322 AO.)[45]). Gegen den Kostenfestsetzungsbescheid ist nach § 323 AO. die Erinnerung gegeben. Die Kostenentscheidung und die Höhe des Streitwertes kann mit der Erinnerung nicht angefochten werden. Mit der Erinnerung kann vielmehr nur geltend gemacht werden, daß z. B. bei der Kostenberechnung der festgestellte Streitwert nicht zugrunde gelegt worden sei oder daß die Kosten tabellenmäßig nicht richtig berechnet worden seien. Die Frist für die Einlegung der Erinnerung beträgt zwei Wochen (vgl. §§ 246 Abs. 1, 2 und 249 AO.). Über die Erinnerung entscheidet das FinA., dem die Geschäftsstelle angehört, endgültig. In der Praxis werden Erinnerungen gegen Kostenfestsetzungsbescheide mit Rücksicht auf die geringen Beanstandungsmöglichkeiten selten eingelegt. Das FinA. erhebt auch die von seiner Geschäftsstelle festgesetzten Rechtsmittelgebühren und Auslagen (§ 324 AO.).

[44]) Insbesondere auch bei nur vorsorglich eingelegtem Einspruch.

[45]) Vgl. auch die 2. VO. zur Übertragung von Zuständigkeiten auf die Finanzämter v. 24. Jan. 1935: RStBl. 1935, 117.

Dauerwirkung des Armenrechtsgesuchs, nachträgliche Armenrechtsbewilligung und Rückwirkungsanordnung

Von Kammergerichtsrat Dr. Gaedeke, Berlin

I.

Armenrechtsbewilligung nach Schluß der Verhandlung oder nach Abschluß der Instanz, ja selbst nach rechtskräftiger Beendigung des Prozesses, d. h. also die nachträgliche Armenrechtsbewilligung, ist begrifflich nicht ausgeschlossen. Diese Erkenntnis ist zwar verhältnismäßig noch jung. Denn allgemein wurde aus dem gesetzlichen Tatbestandsmerkmal einer „beabsichtigten" Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung die Auffassung hergeleitet, daß eine nachträgliche Armenrechtsbewilligung dem Institut des Armenrechts wesensfremd, rechtlich also nicht zu begründen sei. Erst die Erkenntnis, daß diese starre, sich an Wortinterpretation haltende Lehre im Einzelfall zu unbefriedigendem Ergebnis führen konnte, hat einer freieren, den Sinn der Armenrechtsbewilligung in den Vordergrund rückenden Beurteilung Platz geschaffen.

Eine solche nachträgliche Armenrechtsbewilligung behält auch ihren guten Sinn und ist keinesfalls nur eine leere, praktisch wertlose Geste. Denn einmal erstreckt das Gesetz selbst in § 115 Ziff. 1 ZPO. die Wirkung des Armenrechts auch auf die rückständigen Gerichtskosten. Sodann aber kann durch ausdrückliche Rückwirkungsanordnung eine noch weitergehende Wirkung erzielt werden. Armenrecht mit rückwirkender Kraft auf einen vor dem Zeitpunkt der Bewilligung liegenden Zeitpunkt ist heute glücklicherweise kein Problem mehr, sondern eine in der Rechtsprechung schon fast allgemein anerkannte Notwendigkeit und Selbstverständlichkeit. Ich darf hierzu auf meine letzten einschlägigen Ausführungen in dem Aufsatz: „Armenrecht mit rückwirkender Kraft — ein Mittel zur Prozeßbeschleunigung?" (JW. 1938, 1786) verweisen.

Für eine nachträgliche Armenrechtsbewilligung können folgende Fälle in Betracht kommen:

a) Die Partei hat das Armenrecht rechtzeitig beantragt. Entscheidung darüber ist aber vor Beendigung der Instanz nicht ergangen.
b) Die Partei hat das Armenrecht rechtzeitig beantragt. Es ist auch alsbald (d. h. rechtzeitig) darüber, und zwar ablehnend, entschieden worden. Ein neues Gesuch liegt nicht vor.
c) wie zu b: Ein neues Gesuch ist vor Beendigung der Instanz gestellt.
d) wie zu b: ein neues Gesuch ist erst nach Beendigung der Instanz gestellt.
e) Die Partei hat das Armenrecht verspätet, nämlich erstmalig nach Abschluß der Instanz, beantragt.

Je nach diesen verschiedenen Fällen ist auch die Beantwortung der Frage, ob und inwieweit noch eine nachträgliche, d. h. nach Abschluß der Instanz (des Verfahrens) erfolgende Armenrechtsbewilligung in Betracht kommen kann, verschieden.

Der Fall a gehört zu den typischen Rückwirkungsfällen, d. h. zu denjenigen, bei denen das Gesuch der Partei ohne ihre Schuld nicht rechtzeitig beschieden worden ist, die Entscheidung also noch aussteht, Wirkung aber nur bei ausdrücklicher Rückwirkungsanordnung äußern kann. Die Zulässigkeit solchen Verfahrens unter dieser Voraussetzung erkennt nicht nur die Mehrzahl der Oberlandesgerichte (vgl. die bei Gaedeke, „KostRspr.", 1938 Nr. 563 angeführte Ent-

scheidung des KG. und anderer Oberlandesgerichte), sondern auch RG. (vgl. Entscheidung v. 10. Okt. 1936: JW. 1936, 3185) an.

Anders liegen die Fälle, in denen erst nachträglich das Armenrecht nachgesucht wird, mag nun ein rechtzeitig gestelltes Gesuch rechtzeitig bereits abgelehnt worden sein und nach Schluß der Instanz — nämlich weil diese trotz der Ablehnung günstig für den Antragsteller verlaufen ist — wiederholt werden (Fall d), oder mag vorher aus irgendwelchen Gründen überhaupt noch kein Gesuch gestellt worden sein und erstmalig nach Beendigung der Instanz (des Verfahrens) angebracht werden (Fall e).

RG. (VII.) v. 22. Febr. 1938 (DJ. 1938, 762 = DRechtspfl. 1938, 243 Nr. 620) verneint die rechtliche Möglichkeit zu solcher nachträglichen Bewilligung schlechthin mit der Begründung, das Armenrecht der ZPO. sei nur für eine zukünftige Prozeßführung gedacht, wofür schon die Gesetzesterminologie: „beabsichtigte Rechtsverfolgung" spreche. Doch zeigt bereits der Fall a, der vom RG. in der oben genannten Entscheidung v. 10. Okt. 1936 anerkannt ist, daß eben die Gesetzesterminologie nicht der Weisheit letzter Schluß ist und daß, wenn auch diese Auslegung der Armenrechtsvorschriften als Regel zweifellos richtig ist, diese Regel als starre und unabänderliche nicht richtig sein kann. Ausnahmefälle sind vielmehr denkbar, rechtlich zulässig und anerkannt. Es kann somit nur darauf ankommen, festzustellen, wann ein solcher Ausnahmefall gegeben ist. Die Rechtsprechung hat bisher ganz allgemein — mit nur wenig abweichenden Entscheidungen — den Standpunkt vertreten, daß nur ein rechtzeitig gestelltes, aber nicht rechtzeitig beschiedenes Gesuch auch noch eine nachträgliche Armenrechtsbewilligung, naturgemäß mit rückwirkender Kraft, zu rechtfertigen vermöge (vgl. hierzu insbesondere Entscheidung des KG. v. 2. Nov. 1935 bei Gaedeke Nr. 565).

Dagegen ist eine Armenrechtsbewilligung, die überhaupt erst und erstmalig nach Abschluß der Instanz beantragt worden ist (Fall e), allgemein stets abgelehnt worden (so auch Baumbach, 1 A zu § 19 ZPO.), und zwar mit Recht. Denn ein Gesuch, das gar nicht erst für die Zwecke der beabsichtigten Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung, also für das durchzuführende Verfahren angebracht wird, hat in der Tat schon unter Berücksichtigung der Gesetzesterminologie — die hier mit Recht ausschlaggebend sein muß —, sodann aber auch des Zwecks des Instituts des Armenrechts, rechtlich keinen Anspruch auf Beachtung. Diese das rein formelle Verfahren betreffende Frage hat indes mit der Frage der materiellen Wirksamkeit, der Auswirkung des Armenrechts, nichts zu tun. Praktische Auswirkungen kann auch die nachträglich erst beantragte und ausgesprochene Armenrechtsbewilligung mindestens immer so lange noch haben, als noch rückständige Gerichtskosten da sind (§ 115 Ziff. 1 ZPO.), darüber hinaus in vollem Umfange, sofern und soweit eine Rückwirkung ausdrücklich angeordnet wird.

Dieser verfahrensrechtlich zweifelsfreie Rechtszustand gibt zugleich die Erklärung dafür, weshalb überwiegend eine Beschwerde gegen die Ablehnung des Armenrechts für unzulässig oder gegenstandslos erklärt wird, wenn bei Einlegung der bzw. bei Entscheidung über die Beschwerde die Instanz bereits beendet ist (vgl. Baumbach, 1 A zu § 119 ZPO.: Beendigung der Instanz erledigt regelmäßig das Armenrechtsgesuch; vgl. RG.: HöchstRRspr. 1930 Nr. 1653). Doch übersieht diese Beschwerdepraxis vollkommen, daß derartige Bescheide auf der Grundlage eines rechtzeitig gestellten Gesuchs erwachsen und deshalb, rein verfahrensrechtlich betrachtet, an sich zulässig bleiben, solange nur auch materiell noch eine Auswirkung des Armenrechts zu erzielen ist.

Diese letztere Erwägung wird vor allem bei Beschwerden gegen die Entziehung des Armenrechts ausschlaggebend. So hat auch KG. (Entscheidung v. 9. März 1935 bei Gaedeke, „KostRspr.", 1938, Nr. 592) solche Beschwerden auch noch nach Abschluß der Instanz für zulässig erklärt. Haben sie sachlich Erfolg, so bewirken sie, daß eine Unterbrechung der Wirkungen des Armenrechts nicht eingetreten ist. Also eine Art automatischer Rückwirkung.

II.

Zweifelhaft kann dagegen die Rechtslage in denjenigen Fällen sein, in denen rechtzeitig ein Armenrechtsgesuch gestellt, dieses auch rechtzeitig — und zwar ablehnend — beschieden worden ist, nach Ablauf der Instanz nun aber das Armenrechtsgesuch wiederholt wird. Selbstverständlich kommen dafür nur Verfahren in Frage, die trotz der Armenrechtsablehnung sachlich erfolgreich für den Gesuchsteller geendet haben. Denn andernfalls müßte ein solch neues Gesuch schon sachlich, nämlich an dem Mangel hinreichender Erfolgsaussicht scheitern.

Würde die Wiederholung des Gesuchs verfahrensrechtlich automatisch als Aufrechterhaltung des früheren Gesuchs anzusehen sein, so würden rechtliche Schwierigkeiten sich nicht ergeben. Es würde dann eben die gleiche oder doch gleich zu behandelnde Rechtslage wie oben zu Fall a vorliegen: Rechtzeitig gestelltes Gesuch, im Ergebnis keine — rechtzeitige — Bescheidung (nämlich im Sinne des Antrags). Nimmt man dagegen an, daß durch die einmal erfolgte ablehnende Entscheidung über das frühere Gesuch dieses gleichsam konsumiert, d. h. das Armenrechtsverfahren abgeschlossen worden ist, dann ist für die andere rechtliche Konstruktion kein Raum. Dann bedarf es, um eine neue Entscheidung zu erzielen, der Einleitung eines neuen Armenrechtsverfahrens, d. h. eben eines neuen Gesuchs, welches verfahrensrechtlich mit dem erledigten Armenrechtsverfahren nichts zu tun hat. Ob dieses neue Gesuch mit oder ohne neue Begründung gestellt wird, ist unerheblich. Es steht dieses neue Verfahren rechtlich zu dem früheren, abgeschlossenen Verfahren in keinen Beziehungen. Dann ist aber die Sachlage keine andere als in dem Falle zu e: Armenrechtsgesuch überhaupt erst nach Abschluß der Instanz.

In der Tat wird die Ansicht vertreten, daß durch die zunächst erfolgte Ablehnung des Armenrechts das ursprüngliche Gesuch nicht erschöpft, das Armenrechtsverfahren nicht beendet sei. Diese Beendigung trete vielmehr nicht eher ein, als bis das Ziel dieses Verfahrens, die Armenrechtsbewilligung, erreicht sei. Eine derartige Konstruktion ist jedoch mit verfahrensrechtlichen Grundsätzen nicht vereinbar. Denn diese zeigen, daß ein einmal beschiedenes Gesuch mit der Entscheidung, gleichgültig, ob diese ablehnend oder bewilligend lautet, seine verfahrensrechtliche Erledigung gefunden hat, d. h. „konsumiert" ist. Darauf, ob durch die getroffene Entscheidung den Interessen des Antragstellers Genüge geschehen ist, kommt es also verfahrensrechtlich grundsätzlich niemals an. Es ist auch nicht der geringste Grund ersichtlich, das Armenrechtsverfahren in dieser Beziehung anders zu beurteilen, etwa nur deshalb, weil die arme Partei durch die Stellung ihres Armenrechtsantrags dargetan habe, daß sie das Armenrecht nötig habe und daß deshalb ihr Antrag als der Anspruch auf Armenrecht aufrechterhalten werde und fortbestehe, so lange bis dieser Anspruch erfüllt sei. Man könnte eine derartige Theorie als Theorie der Perpetuierung, der Dauerwirkung des Armenrechtsgesuchs bezeichnen: ein bis zu einer stattgebenden Entscheidung ständig sich erneuerndes Armenrechtsgesuch, ein Gesuch in Permanenz, dessen Wiederholung daher an sich unnötig und, falls sie erfolgt, rechtlich insofern bedeutungslos ist, als es nicht als jetzt erst gestelltes neues Gesuch gelten kann, sondern nur die ausdrückliche Aufrechterhaltung des bereits gestellten Gesuchs darstellt.

Diese Auffassung ist indes rechtlich unvertretbar und wird denn auch vom RG. ausdrücklich abgelehnt mit folgender Begründung (RG. [VII.] v. 22. Febr. 1938: DJ. 1938, 762): „Wenn ... der Antrag auf Erteilung während des Laufs des Rechtsstreits in einer Instanz abgelehnt ist, so kann ein nach Ablauf der Instanz gestellter neuer Antrag zu keiner Bewilligung des Armenrechts führen. Die vom Gesetz angeordnete Prüfung der Voraussetzungen des Armenrechts hat dann in der Instanz stattgefunden. Sie hat zu einer abschlägigen Entscheidung geführt. Dieser Bescheid kann nach Abschluß der Instanz nicht mehr durch Bewilligung des Armenrechts geändert werden, etwa weil die Aussichten jetzt anders zu beurteilen wären als vorher."

Aus dieser grundsätzlich unbedingt zutreffenden Begründung ergibt sich zweierlei: einmal, daß beim Fehlen eines

neuen Gesuchs nach einmal erfolgter Ablehnung das Gericht, falls es doch zu einer anderen Beurteilung gelangt, nicht von sich aus, von Amts wegen auf das frühere Gesuch zurückgreifen und nunmehr doch das Armenrecht bewilligen kann. Die „Theorie der Dauerwirkung" ist also abgelehnt.

Sodann: die Wiederholung eines vor Beendigung der Instanz gestellten, aber abgelehnten Armenrechtsgesuchs nach Beendigung der ohne Armenrecht durchgeführten Instanz stellt rechtlich die Einleitung eines völlig neuen Armenrechtsverfahrens dar. Ein solches ist aber nach vorstehenden Darlegungen nach Abschluß der Instanz gegenstandslos und damit unzulässig. Folglich kann ein derartiges Gesuch nicht mehr zur Bewilligung des Armenrechts — auch nicht zu einer solchen mit ausdrücklicher Rückwirkungsanordnung — führen.

Daß dieses Ergebnis im höchsten Maße unbefriedigend sein kann, ist allerdings nicht zu leugnen. Es ist jedenfalls dann außerordentlich unbillig, wenn ohne jede Änderung der Sach- oder Rechtslage das Prozeßgericht bei der Entscheidung des Rechtsstreits von der ursprünglichen, dem Antragsteller ungünstigen Beurteilung abweicht und nun gerade gegenteilig entscheidet. Denn damit gibt es zu erkennen, daß das Armenrecht, wenn es wegen mangelnder Erfolgsaussicht abgelehnt worden ist, zu Unrecht versagt worden ist.

Gibt es nun ein Mittel, dieser Unbilligkeit zu begegnen?

Die Antwort wäre einfach, wenn das Gericht von Amts wegen das an sich zwar erledigte Gesuch aufgreifen und seine Entscheidung abändern dürfte. Das erscheint indes, wie soeben bereits erwähnt und wie auch RG. a. a. O. bereits ausgeführt hat, nicht zulässig, auch nicht unter dem Gesichtspunkt einer Berichtigung eines Versehens. Denn ein solches Eingreifen, eine Korrektur früherer Entscheidungen von Amts wegen, kennt die ZPO. nur da, wo sie ausdrücklich für zulässig erklärt ist (z. B. Streitwertfestsetzung). Wo Anträge, die die Voraussetzung für ein Tätigwerden des Gerichts sind, einmal beschieden sind, ist das jedoch nicht der Fall. So ist es auch bei Armenrechtsgesuchen.

Folglich kann eine Abhilfe nur von der Partei ausgehen, und zwar dadurch, daß sie rechtzeitig die dazu erforderlichen Schritte tut, d. h. hier ihr Gesuch rechtzeitig erneuert.

Entgegen Stimmen aus der Praxis, die diese Zumutung an die Partei bzw. ihren Anwalt ablehnen, zumal der Anwalt nicht wissen könne, ob und in welchem Augenblick das Gericht eine günstigere Einstellung haben werde, muß an dem Erfordernis eines neuen, und zwar rechtzeitig gestellten Gesuchs grundsätzlich festgehalten werden. Daß dabei Anwalt und Partei von vornherein in einer schwierigen Lage sich befinden, ist richtig. Zunächst einmal wiederholt im allgemeinen ein Anwalt nicht gern ein abschlägig beschiedenes Gesuch auf die Gefahr hin, erneut eine Ablehnung zu erhalten. Denn die Position seiner Partei verbessert er damit sicher nicht. Er muß also den Zeitpunkt abpassen, in dem entweder eine objektiv veränderte günstigere Sachlage eingetreten ist oder doch die Einstellung des Gerichts zu den Aussichten der Rechtswahrung seiner Partei eine andere geworden ist, oder jedenfalls nach dem äußeren Anschein geworden zu sein scheint. Und dies ist die weitere und zweifellos größere Schwierigkeit. Denn diesen Zeitpunkt zu ersehen, ist ohne Frage nicht leicht, mitunter vielleicht unmöglich. Denn es mag sogar sein, daß dazu nicht einmal Gelegenheit geboten ist, so z. B. wenn erst die mündliche Verhandlung den bisher ablehnenden Standpunkt des Gerichts erschüttert, ohne daß diese Änderung in der Auffassung des Gerichts nach außen schon irgendwie hervorgetreten ist. Wann soll da der Anwalt sein schon abgelehntes Gesuch erneuern?

Es kann auch die psychologische Richtigkeit des taktischen Standpunktes der Anwaltschaft nicht bezweifelt werden, daß absichtlich eine erneute Ablehnung in der mündlichen Verhandlung mit Rücksicht auf ihre moralischen Auswirkungen auf die Parteien, aber auch in ihrer sehr wohl möglichen Auswirkung auf die Einstellung des Gerichts selbst, nach Möglichkeit vermieden werden muß. Auch die Befürchtung, dem Gericht vielleicht als hartnäckiger und unbelehrbarer Antragsteller zu erscheinen, mag mitunter von der Wiederholung eines abgelehnten Armenrechtsgesuchs abhalten. Es sind das Imponderabilien, deren Bedeutung von Gerichtsseite leicht unterschätzt wird, die beim Anwalt aber eine große Rolle spielen.

Trotzdem vermögen alle diese Erwägungen an der grundsätzlichen Rechtslage, wie sie klar durch die oben wiedergegebene Entscheidung des RG. v. 22. Febr. 1938 umrissen ist, nichts zu ändern.

Es muß also der armen Partei bzw. ihrem Anwalt, wenn ein Armenrechtsgesuch wegen Mangels hinreichender Erfolgsaussicht abgelehnt worden ist, nur dringend anempfohlen werden, in Fällen, in denen dies nach der nunmehrigen Sachlage aussichtsvoll erscheint, noch vor Beendigung der Verhandlung vorsorglich einen erneuten Armenrechtsantrag zu stellen. Wird eine solche Wiederholung des Antrags versäumt, so fehlt es an der Grundlage, auf der eine neue abändernde Entscheidung nachträglich überhaupt noch ergehen könnte.

Liegt dagegen ein rechtzeitiges neues Gesuch vor, so ist damit verfahrensrechtlich der Weg zu selbst nachträglicher Armenrechtsentscheidung geebnet.

III.

Was ist damit aber gewonnen? Nichts, wenn nicht noch rückständige Gerichtskosten da sind. Wenig, wenn solche noch vorhanden sind. Viel, wenn die Entscheidung mit Rückwirkung ausgerüstet wird. Ein voller Ausgleich wird dagegen nur dann erzielt, wenn diese Rückwirkung so weit ausgedehnt wird, daß die jetzige Entscheidung vollkommen an die Stelle der früheren ablehnenden Entscheidung — so wie bei Aufhebung des Entziehungsbeschlusses in der Beschwerdeinstanz — tritt.

Damit werden die Gerichte vor eine schwerwiegende Frage gestellt: Soll die Rückwirkung in der Tat auf diejenigen Fälle beschränkt bleiben, in denen das Gericht — mit oder ohne sein Verschulden — nicht rechtzeitig über ein rechtzeitig gestelltes Armenrechtsgesuch entschieden hat, oder ist es nicht einfachstes Gebot der Gerechtigkeit, die Rückwirkung auch und erst recht dann anzuwenden, wenn die an sich rechtzeitig ergangene Entscheidung sachlich irrig war und so dem Antragsteller zu Unrecht die ihm zustehende gesetzliche Vergünstigung abgelehnt, ihn also in Wahrheit sogar noch schlechter gestellt hat, als wenn gar keine Entscheidung ergangen wäre?

Die Antwort hierauf kann nicht aus einer exakten verfahrensrechtlichen Beweisführung, sondern nur aus dem Willen gefunden werden, zu einem befriedigenden, dem Sinn und Zweck der Armenrechtsbewilligung möglichst nahekommenden Ergebnis zu gelangen. Dieses kann aber nur sein, den Rechtsanspruch des Gesuchstellers auf Zuerkennung der Vergünstigung nicht unter einer irrigen — nachträglich als solche vom Gericht selbst festgestellten — Beurteilung der Aussichten der Rechtswahrung leiden zu lassen.

Jedenfalls zwingt zu dieser Annahme nichts, am wenigsten naturgemäß die Gesetzesterminologie. Folglich kann es nur Rechtens sein, praktisch, d. h. in der Auswirkung, die neue bewilligende Entscheidung an die Stelle der alten ablehnenden zu setzen, eben indem erstere mit ausdrücklicher entsprechender Rückwirkung ergeht.

Hat man sich zu dieser Erkenntnis durchgerungen, dann findet sich auch eine Brücke zu denjenigen sonst hoffnungslos erscheinenden Fällen, in denen eine Wiederholung des Gesuchs erst nach Abschluß der Instanz vorgenommen wird. Es widerstrebt gesunder Rechtsanschauung, dem Zufall, ob eine Partei gerade noch rechtzeitig Anzeichen auf eine Änderung des bisherigen Standpunktes des Gerichts glaubt erspähen zu können, um noch rasch das Armenrechtsgesuch unter Dach und Fach zu bringen, in allen Fällen eine so weitgehende Bedeutung beizumessen.

Wenn somit auch der diesbezügliche oben entwickelte Grundsatz richtig ist, so muß er doch auch Ausnahmefällen Raum geben. Einen solchen hat KG. (KostSen.) (Entscheidung v. 21. Nov. 1936, 20 Wa 187/36: JW. 1936, 3586) in einem Falle anerkannt, wo eine zweite ablehnende Entscheidung noch kurz vor dem — einzigen — Verhandlungstermin

in der Berufungsinstanz ergangen war, dann aber gleichwohl im Termin ein dem Antragsteller günstiges Urteil verkündet wurde, ohne daß irgendeine Änderung eingetreten wäre, die diese gegenteilige Beurteilung gerechtfertigt hätte. Der Antragsteller hatte nunmehr nach dem Termin das dritte Gesuch mit der Bitte um Rückwirkungsanordnung gestellt. Daraufhin ist, allerdings ohne besonderen Rückwirkungsausspruch, das Armenrecht nunmehr bewilligt worden. Der KostSen. des KG. hat aus Anlaß der gebührenrechtlichen Beurteilung dieses Falles die nachträgliche Bewilligung hier als ohne weiteres mit rückwirkender Kraft ergangen angesehen, da eine solche Rückwirkung sich aus den Umständen des Falles als der Zweck der Entscheidung ergebe.

Eine andere Beurteilung wäre hier in der Tat nicht möglich gewesen, da der Antragsteller durch die zweite Ablehnung noch kurz vor dem Termin jedenfalls irritiert und so gleichsam verhindert worden war, rechtzeitig noch ein drittes Mal sein Gesuch zu wiederholen. Man wird folglich derartige Fälle, in denen das Verhalten des Gerichts selbst die Unterlassung eines rechtzeitigen neuen Antrags bedingt (im Sinne reiner Verursachung, nicht eines Verschuldens) hat, unbedenklich den Fällen rechtzeitiger Antragstellung gleichsetzen und demnach gleich behandeln können und müssen, will man schwerste Ungerechtigkeiten vermeiden.

Immerhin: Dies sind nur Ausnahmefälle, die durchweg eine — unabdingbare — Voraussetzung gemeinsam haben: Keine Änderung der verfahrensrechtlichen Lage, keine neuen Behauptungen, keine neuen Erhebungen, sondern einzig und allein Änderung der Beurteilung durch das Gericht, mag sie durch anderweite Besetzung oder durch eine geradezu irrige Auffassung in rechtlicher Hinsicht oder in der tatsächlichen Würdigung bedingt gewesen sein.

Insofern kann also der vom RG. in der obengenannten Entscheidung v. 22. Febr. 1938 vertretenen Auffassung nicht schlechthin gefolgt werden. Sie ist, wie nochmals betont sei, in ihrem Grundsatz richtig, als starrer, undurchbrechbarer Grundsatz dagegen abzulehnen. Es kann also in der Tat obiger Fall zu d ausnahmsweise zu einer nachträglichen Bewilligung des Armenrechts führen und hat dann automatisch rückwirkende Kraft.

Im übrigen muß aber die Rückwirkungsfrage in allen Fällen, in denen die ursprüngliche Ablehnung des Armenrechts sich später als — schon nach der damaligen Sach- und Rechtslage — verfehlt herausstellt, großzügig gehandhabt und in allen diesen Fällen bei rechtzeitig wiederholtem Antrag Rückwirkung auf den Zeitpunkt der früheren Entscheidung entweder als automatische Folge angenommen oder als besondere Maßnahme ausgesprochen werden. Kostenrechtlich hilft sicher nur ersteres, da nicht alle Prozeßgerichte sich zu dem ausdrücklichen Rückwirkungsausspruch verstehen werden.

Bei nachträglich gestelltem Gesuch kann dagegen nur in Ausnahmefällen der erörterten Art geholfen werden.

IV.

Zum Schluß noch ein Wort zur finanziellen Auswirkung einer solchen Praxis. Auch sie ist ja mit Rücksicht auf die Reichskasse und weiterhin die Belange der Allgemeinheit bei diesen Fragen stets im Auge zu behalten. Die Reichskasse kann sich aber niemals dadurch beschwert fühlen, daß berechtigterweise das Armenrecht bewilligt wird. Denn dazu ist diese gesetzliche Einrichtung da. Sie wird andererseits auch niemals daraus Vorteil ziehen wollen, daß unberechtigterweise das Armenrecht abgelehnt worden ist, nur eine Fehlbehandlung bisher also den Eintritt der Armenrechtswirkungen verhindert hat. Also kann auch sie von ihrem — richtig verstandenen — Standpunkt aus keine Einwendungen dagegen erheben, wenn eine nachträgliche Armenrechtsbewilligung nur denjenigen Zustand wiederherstellt, der bei richtiger Beurteilung von Anfang an bestanden hätte. Sie ist damit nicht schlechter gestellt. Der Gerechtigkeit dagegen wird so — ungeachtet der Gesetzesterminologie — allein Genüge getan.

Dies ist — wie nicht verkannt werden sollte — ein wichtiger Faktor für das Vertrauen der Volksgenossen zur Rechtspflege. Die Belange der Allgemeinheit werden damit trotz gewisser kostenrechtlicher Mehrbelastung also nicht geschädigt, sondern, wohl verstanden, nur gefördert.

Der Rechtsanwalt vor dem Arbeitsgericht

Von Amtsgerichtsrat Dr. Victor Friese, Vorsitzender beim Arbeitsgericht Berlin

Die recht verwickelte Regelung der Zulassung der Rechtsanwälte vor dem ArbG. hat eine große Zahl von Rechtsfragen aufgeworfen. Diese sind in der Rechtslehre nahezu sämtlich umstritten, zum Teil gar nicht erörtert, teilweise auch durch die Rechtsprechung noch nicht genügend geklärt. Sie tauchen in der täglichen Praxis ständig auf und verursachen erhebliche Schwierigkeiten. Sie sollen daher im Zusammenhang dargestellt werden.

Die Beschränkung des § 11 ArbGG. gilt nicht[1]), wenn ein Rechtsanwalt als Partei, als Partei kraft Amtes (Konkurs-, Nachlaßverwalter), als gesetzlicher Vertreter (Vormund) vor dem ArbG. auftritt.

Durch einen anderen Rechtsanwalt darf sich auch unter diesen Umständen der Rechtsanwalt dagegen nur im Rahmen des § 11 a. a. O. vertreten lassen[2]).

Die Beschränkungen gelten nur für die Vertretung vor den ArbG., nicht dagegen für das Verfahren vor einem ersuchten AG., das einem ArbG. Rechtshilfe leistet.

Nach der praktischen Bedürfnissen entsprechenden Praxis der ArbG. darf ein Rechtsanwalt, der eine Partei vor dem LArbG. vertreten hat, nach Beendigung des Verfahrens nach § 103 Abs. 2 ZPO. beim ArbG. die Festsetzung der seiner Partei vor dem LArbG. entstandenen erstattungsfähigen Prozeßkosten beantragen[3]).

Die Bedeutung der Zulassung der Rechtsanwälte durch den Vorsitzenden des ArbG. und der Ermächtigung durch die Rechtsberatungsstellen der Deutschen Arbeitsfront wird auch in den Kreisen der Rechtsanwälte noch immer nicht genügend beachtet.

Ohne diese Zulassung oder Ermächtigung entbehren die Rechtshandlungen eines Rechtsanwalts aber schlechthin der Wirksamkeit[4]). Sie sind vom Gericht als unwirksam zurückzuweisen. Das gilt auch für alle Rechtshandlungen eines Rechtsanwalts außerhalb der mündlichen Verhandlung. Besonders wichtig und beachtlich ist das bei allen Anträgen, die zur Fristwahrung erforderlich sind, wie bei Einsprüchen gegen Versäumnisurteile der ArbG., bei Kündigungswiderrufsklagen nach dem ArbOG. und bei drohender Verjährung[5]) oder Verwirkung, die im Arbeitsrecht nach zahlreichen Betriebs- und Tarifordnungen oft sehr kurzfristig eintreten können. Das gleiche gilt für eilbedürftige Anträge, z. B. solche auf Erlaß von Arresten oder einstweiligen Verfügungen und auf Ein-

[1]) Näheres zu dieser Frage bei Dersch-Volkmar, „ArbGG.", 5. Aufl., S. 168, 169.

[2]) Vgl. ebenso LArbG. Görlitz: ArbRspr. 31, 96; a. A. ArbG. Hamburg: JW. 1929, 2647.

[3]) And. Ans. Dersch-Volkmar a. a. O. S. 165; zustimmend Pracht, „ArbGG.", § 11 Anm. 7 S. 40.

[4]) Ebenso Dersch-Volkmar a. a. O. S. 171; Pracht a. a. O. S. 35; Bertermann: JW. 1935, 3021.

[5]) Eine unter Außerachtlassung des § 11 ArbGG. eingereichte Klage unterbricht die Verjährung nicht; so auch RArbG.: ArbRSamml. 18 (RArbG.), 24.

stellung der Zwangsvollstreckung. Auf eine Klage, die ein Rechtsanwalt ohne Beachtung des § 11 ArbGG. einreicht, ist Termin nicht anzusetzen. Die Terminsbestimmung muß durch Beschluß abgelehnt werden. Wird trotzdem Termin anberaumt, so ist die Klage mangels ordnungsgemäßer Klagerhebung angebrachtermaßen abzuweisen[6]). Ein eingelegtes Rechtsmittel (Einspruch gegen Versäumnisurteil) ist unzulässig[7]). Zustellungen an einen nicht zugelassenen bzw. ermächtigten Anwalt entbehren der Rechtswirksamkeit[8]).

In allen diesen Fällen setzt sich der Rechtsanwalt erheblicher Regreßgefahr aus, wenn er, wie das immer wieder vorkommt, Anträge beim ArbG. ohne jede Beachtung des § 11 ArbGG. einreicht und durch Auflagen des Gerichts kostbare Zeit verlorengeht[9]).

Erhebliche Schwierigkeiten entstehen schon bei der Frage, ob die Ermächtigung durch die Rechtsberatungsstellen der Deutschen Arbeitsfront oder die Zulassung durch den Vorsitzenden des ArbG. geboten ist. Zulassung und Ermächtigung schließen einander aus. Kommt also die Ermächtigung durch die Deutsche Arbeitsfront in Frage, so kann der Vorsitzende des ArbG. den Rechtsanwalt nicht zulassen und umgekehrt.

Die Zulassung kann nur erfolgen, wenn die Prozeßvertretung durch die Rechtsberatungsstelle der Deutschen Arbeitsfront „nicht in Betracht kommt" (§ 11 ArbGG.). Bindend sind hierfür die Richtlinien des Reichsarbeitsministers v. 13. Juni 1935[10]) als echte Rechtssätze, nicht etwa nur als die Gerichte nicht unbedingt bindende Verwaltungsanordnungen[11]). Nach ihnen ist die Zulassung durch den Vorsitzenden des ArbG. möglich, wenn die Partei nicht Mitglied der Deutschen Arbeitsfront oder eines der Deutschen Arbeitsfront korporativ angeschlossenen Verbandes ist oder die Deutsche Arbeitsfront die Vertretung eines ihrer Mitglieder oder des Mitgliedes eines solchen Verbandes aus irgendwelchen Gründen ablehnt. Ob die Partei der Arbeitsfront beitreten könnte oder aus welchen Gründen die Deutsche Arbeitsfront die Prozeßvertretung einer ihr angehörenden Partei ablehnt, ist unerheblich[12]). In allen diesen Fällen entstehen keine Schwierigkeiten.

Die Deutsche Arbeitsfront vertritt nun aber in der Regel auch die Mitglieder der Verbände, die ihr korporativ angeschlossen sind. Wenn ein Rechtsanwalt eine Partei vor dem ArbG. vertreten will, die einem solchen Verband angehört, bedarf er deshalb gleichfalls der Ermächtigung der Deutschen Arbeitsfront. Die Feststellung dieser Verbände ist im Einzelfall nicht immer einfach. Zu ihnen gehören unstreitig der Reichsnährstand und die Reichskulturkammer. Für die Vertretung der Mitglieder der Reichskulturkammer sind Sonderrechtsberater der Deutschen Arbeitsfront eingesetzt. Den Mitgliedern des Reichsnährstandes stehen die Rechtsberater der Deutschen Arbeitsfront auf Grund eines Abkommens zwischen dem Reichsnährstand und der Deutschen Arbeitsfront v. 6. Okt. 1935 zur Verfügung.

Ob die Organisation der gewerblichen Wirtschaft ein der Deutschen Arbeitsfront korporativ angeschlossener Verband ist, dessen Mitglieder Anspruch auf Rechtsschutz haben, ist bestritten. Dafür haben sich Jonas[13]) und der RArbM. in der Erläuterung zu den Richtlinien zu § 11 Abs. 1 Satz 2 ArbGG. ausgesprochen[14]). Richtiger wird eine derartige korporative Mitgliedschaft der Organisation der gewerblichen Wirtschaft abzulehnen sein. Denn die Leipziger Vereinbarungen vom März 1935 zwischen dem RWiM., dem RArbM. und dem Leiter der Deutschen Arbeitsfront[15]) sehen lediglich eine einheitliche Zusammenarbeit der Deutschen Arbeitsfront und der Organisation der gewerblichen Wirtschaft auf wirtschafts- und sozialpolitischem Gebiet vor. Sie enthalten darüber, daß die Organisationen der gewerblichen Wirtschaft korporative Mitglieder der Deutschen Arbeitsfront sind, nichts. Die Selbständigkeit und Eigenverantwortlichkeit der beiden Organisationen hat der RWiM. in seiner Rede vom 14. Sept. 1935 in Nürnberg[16]) ausdrücklich betont. Will also ein Rechtsanwalt eine Partei vor dem ArbG. vertreten, die Mitglied einer Organisation der gewerblichen Wirtschaft, nicht aber Mitglied der Deutschen Arbeitsfront ist, so bedarf er keiner Ermächtigung seitens der Rechtsberatungsstelle der Deutschen Arbeitsfront[17]).

Eine korporative Eingliederung der Verkehrswirtschaft, die der Organisation der gewerblichen Wirtschaft nicht angehört, ist in die Deutsche Arbeitsfront nicht erfolgt[18]).

Bei Jugendlichen ist die Einzelmitgliedschaft der Deutschen Arbeitsfront nicht erforderlich. Bei ihnen genügt die Mitgliedschaft bei der Hitler-Jugend oder dem Bund Deutscher Mädel zur Gewährung des Rechtsschutzes durch die Deutsche Arbeitsfront in arbeits- und sozialrechtlichen Angelegenheiten. Rechtsanwälte, die solche Jugendlichen vor dem ArbG. vertreten wollen, müssen daher gleichfalls die Ermächtigung der Deutschen Arbeitsfront beibringen, da bei ihnen die Vertretung durch die Deutsche Arbeitsfront in Betracht kommt[19]).

Zweifelhaft ist die Rechtslage bei der Vertretung juristischer Personen durch Rechtsanwälte vor dem ArbG. Die Deutsche Arbeitsfront ist die Organisation der schaffenden Deutschen der Stirn und der Faust[20]), d. h. der natürlichen Personen. Juristische Personen können deshalb grundsätzlich nicht Mitglieder der Deutschen Arbeitsfront sein[21]). Daraus hat man schließen wollen, daß juristische Personen als Prozeßparteien für die Vertretung durch einen Rechtsanwalt vor dem ArbG. der Ermächtigung durch die Deutsche Arbeitsfront nicht bedürfen.

Den entgegengesetzten Standpunkt haben das ArbG. und LArbG. Berlin[22]) in einem Fall vertreten, in dem eine GmbH. Prozeßpartei war, die die Rechtsberatungsstelle der Deutschen Arbeitsfront vertreten wollte, weil ihr Gesellschafter und Geschäftsführer Mitglied der Deutschen Arbeitsfront war. Bei einem als Prozeßbevollmächtigten auftretenden Rechtsanwalt wurde vom Vorsitzenden des ArbG. die Ermächtigung der Deutschen Arbeitsfront verlangt. Die Deutsche Arbeitsfront

---

[6]) Ebenso RArbG. 8, 309; Jonas, „Kommentar zur ZPO.", 1. Bd., 16. Aufl. 1938, § 78 A 5 S. 14, § 253 VII 1 S. 22; Dersch-Volkmar a. a. O. S. 171.

[7]) Vgl. ebenso ArbG. Berlin: ArbRspr. 1937, 26.

[8]) Ebenso RArbG.: JW. 1936, 2179 und ArbRSamml. 5 (RArbG.), 390; dagegen Dersch-Volkmar a. a. O. S. 172 und Jonas: ArbRspr. 1930, 37; Pracht a. a. O. S. 36.

[9]) Ist es fraglich, ob ein Rechtsanwalt zugelassen oder ermächtigt wird, so empfiehlt sich folgender Zusatz auf der von dem Rechtsanwalt erhobenen Klage: „Für den Fall, daß Rechtsanwalt . . . nicht zugelassen (ermächtigt) wird, erhebe ich die vorstehende Klage im eigenen Namen" mit der Unterschrift des Mandanten.

[10]) RArbBl. 1935, I, 203 = DJ. 1935, 918 = JW. 1935, 2187.

[11]) Ebenso Jonas, „Die erweiterte Zulassung der Rechtsanwälte vor den Arbeitsgerichten": DArbR. 1935, 233.

[12]) Ebenso Jonas a. a. O.

[13]) „Kommentar zur ZPO.", 16. Aufl. 1938, § 78 VII A 1 S. 10; ebenso auch LArbG. Frankfurt a. M.: ArbRspr. 1936, 218.

[14]) Vgl. RArbBl. 1935, 203 und in der AV. d. RJM. v. 25. Juni 1935 (DJ. 1935, 918).

[15]) Abgedruckt in DArbR. 1935, 86.

[16]) „Völkischer Beobachter" Nr. 258 S. 5.

[17]) Ebenso ArbG. Berlin in einem Beschl. v. 22. Sept. 1935 (23 Ca 513/35); Goerrig: ArbRspr. 1936, 217 und Burkhardt, „Die Prozeßvertretung vor dem Arbeitsgericht" in „Zehn Jahre Arbeitsgericht, wichtige Fragen aus dem Arbeitsrecht", eine Festgabe zur zehnjährigen Wiederkehr der Einführung der Arbeitsgerichte in Deutschland, Berlin u. Leipzig 1937, S. 27.

[18]) Vgl. Erläuterung des RArbM. zu den Richtlinien zu § 11 Abs. 1 Satz 2 ArbGG.: RArbBl. 1935, 203.

[19]) Ebenso Burkhardt a. a. O. S. 27.

[20]) Vgl. die VO. des Führers und Reichskanzlers über Wesen und Ziel der Arbeitsfront v. 24. Okt. 1934 § 1.
Diese Verordnung, die nicht im Reichsgesetzblatt, sondern nur in den Tageszeitungen veröffentlicht wurde, ist abgedruckt in ArbRspr. 1935, 2 ff.

[21]) Ebenso Auskunft des Organisationsamtes der Deutschen Arbeitsfront in 11/12 Ca 92/36 des ArbG. Berlin.

[22]) 11/12 Ca 92/36; 104 Ta 42/36 (nicht veröffentlicht).

lehnte die Ermächtigung des Rechtsanwalts ab. Das ArbG. wies den darauf gestellten Zulassungsantrag des Rechtsanwalts zurück. Die dagegen gerichtete Beschwerde des Rechtsanwalts wurde vom LArbG. zurückgewiesen. ArbG. und LArbG. gingen dabei von der Tatsache aus, daß die Deutsche Arbeitsfront die GmbH. vertreten wollte, und meinten deshalb, es komme eine Prozeßvertretung durch die Deutsche Arbeitsfront entsprechend § 11 ArbGG. in Betracht. Der Rechtsanwalt könne ohne Ermächtigung durch die Deutsche Arbeitsfront nicht auftreten.

Dem entspricht, soweit ich sehe, auch die sonstige Rechtsprechung der Arbeitsgerichtsbehörden. Die Rechtsberatungsstellen der Deutschen Arbeitsfront vertreten juristische Personen, wenn ein satzungsmäßiger Vertreter (Vorstandsmitglied bzw. Geschäftsführer) der juristischen Person Mitglied der Deutschen Arbeitsfront ist. In allen diesen Fällen wird zur Vertretung eines Rechtsanwalts deshalb die Ermächtigung der Deutschen Arbeitsfront verlangt. Diese Praxis entspricht zwar dem Wortlaut des § 11 ArbGG.[23]), nicht aber den erwähnten Richtlinien des RArbM. zu § 11 Abs. 1 ArbGG. Nach diesen Richtlinien würden juristische Personen, da sie nicht Mitglieder der Deutschen Arbeitsfront sind, zur Prozeßvertretung durch einen Rechtsanwalt vor dem ArbG. der Ermächtigung durch die Deutsche Arbeitsfront nicht bedürfen. Da die Richtlinien bindend und abschließend[24]) sind, erscheint es mir angebracht, ihnen für die Auslegung des § 11 entscheidende Bedeutung beizulegen. Ich nehme deshalb an, daß Rechtsanwälte, die juristische Personen vor dem ArbG. vertreten, ihre Zulassung beim Vorsitzenden des ArbG. beantragen können und einer Ermächtigung der Rechtsberatungsstellen der Deutschen Arbeitsfront nicht bedürfen.

Es sind Fälle vorgekommen, in denen sich Parteien, die Mitglieder der Deutschen Arbeitsfront waren, nicht von deren Rechtsberatungsstellen, sondern durch einen Rechtsanwalt vor dem ArbG. vertreten lassen wollten. Sie behaupteten, sie hätten zu den Rechtsberatungsstellen der Deutschen Arbeitsfront kein Vertrauen. Die Arbeitsfront lehnte die Ermächtigung der betreffenden Rechtsanwälte ab. Sie beantragten darauf ihre Zulassung durch den Vorsitzenden des ArbG. mit der Begründung, unter diesen Umständen käme eine Prozeßvertretung durch die Rechtsberatungsstellen der Deutschen Arbeitsfront nicht in Betracht. Die Zulassung eines Rechtsanwalts sei geboten. Die ArbG. und LArbG. haben derartige Zulassungsanträge mit Recht für unbegründet gehalten[25]). Es kann nicht in das Belieben der Partei gestellt werden, falls sie Mitglied der Deutschen Arbeitsfront ist, die Ermächtigung zu umgehen. Denn die Ermächtigung hat öffentlich-rechtlichen Charakter. Auf diesem Standpunkt steht im Ergebnis auch das Schrifttum[26]).

Erhebliche Schwierigkeiten treten bei der Frage auf, inwieweit sich Rechtsanwälte, die auf Grund der Ermächtigung oder Zulassung vor dem ArbG. auftreten können, durch Unterbevollmächtigte vertreten lassen dürfen.

Rechtsanwalt Körting[27]) hat die Auffassung vertreten, der ermächtigte Rechtsanwalt könne einem andern ohne weiteres Prozeßuntervollmacht erteilen. Die Substitution ändere an der Eigenschaft als Prozeßbevollmächtigter des ermächtigten Anwalts nichts. Der Fall liege ähnlich wie derjenige der Beiordnung eines Armenanwalts. Auch dann liege eine gewisse Bindung des beigeordneten Rechtsanwalts vor, ohne daß von irgendeiner Seite ernstlich die Möglichkeit einer Unterbevollmächtigung in Abrede gestellt würde.

Körtings Auffassung steht entgegen, daß die Ermächtigung von in der Person des Rechtsanwalts liegenden Voraussetzungen abhängig ist. Deshalb ist grundsätzlich eine Übertragung der Ermächtigung unzulässig. Körtings Vergleich mit der Beiordnung als Armenanwalt ist nicht überzeugend. Denn die Ermächtigung ist etwas grundsätzlich anderes als diese Beiordnung.

Die Ermächtigung durch die Deutsche Arbeitsfront wird regelmäßig auf die Person des die Ermächtigung beantragenden Rechtsanwalts ausgestellt. Nur er ist deshalb zur Vertretung vor den ArbG. ermächtigt, nicht aber sein Sozius oder ein sonst von ihm unterbevollmächtigter Rechtsanwalt[28]), auch nicht sein Probe-, Anwaltsassessor oder amtlich bestellter Vertreter (§ 29 RRAO.). Derartige Prozeßvertreter bedürfen einer besonderen Ermächtigung durch die Deutsche Arbeitsfront, die beim Probeassessor, der nicht amtlich bestellter Vertreter ist, nicht in Frage kommt. Der Vorsitzende des ArbG. ist nicht befugt, sie etwa zuzulassen, falls die Ermächtigung der Deutschen Arbeitsfront für den Rechtsanwalt notwendig ist.

Anwaltsassessoren haben sich zur Begründung der Auffassung, die Ermächtigung des Rechtsanwalts, dem sie überwiesen seien, erstrecke sich auch auf sie, auf § 13 RRAO. berufen (RGBl. 1936, 108). Danach stehen dem Anwaltsassessor die anwaltlichen Befugnisse des Rechtsanwalts zu, dem er überwiesen ist. § 13 a. a. O. dehnt m. E. diese gesetzliche öffentlich-rechtliche Ermächtigung[29]) nicht auf Anwaltsgeschäfte aus, zu denen der Rechtsanwalt persönlich ermächtigt ist[30]). Ich nehme aus diesem Grunde an, daß sich auch auf einen vom RJM. zum Stellvertreter eines Rechtsanwalts bestellten Rechtsanwalt, Probe-Anwaltsassessor oder eine nach § 29 Abs. 1 Halbsatz 2 RRAO. bestellte Person die Ermächtigung nicht erstreckt[31]). Die auf die Person eines bestimmten Anwalts ausgestellte Ermächtigung verträgt grundsätzlich keinerlei Übertragung[32]).

Praktisch lassen sich hier Schwierigkeiten dadurch vermeiden, daß die Rechtsberatungsstellen der Deutschen Arbeitsfront für einen ermächtigten, an der persönlichen Wahrnehmung eines Termins verhinderten Rechtsanwalt dessen Vertreter — notfalls fernmündlich — zur Vertretung vor dem ArbG. ebenfalls ermächtigen. Assoziierte Anwälte werden im Bedarfsfall zweckmäßig die Ermächtigung auf sämtliche der Sozietät angehörenden Anwälte erteilen lassen, um bei Verhinderung eines Anwalts auftretenden Schwierigkeiten vorzubeugen.

Einen amtlich nicht zum Vertreter bestellten Probeassessor oder einen Referendar kann die Deutsche Arbeitsfront zur Vertretung vor den ArbG. nicht ermächtigen, gleichviel ob der Referendar beim Rechtsanwalt in Station ist oder nicht.

Denn § 11 Abs. 1 Satz 1 ArbGG. beschränkt die Möglichkeit, die Ermächtigung zu erteilen, ausdrücklich auf Rechtsanwälte.

Anwaltsassessoren können dagegen bei m. E. gebotener ausdehnender Auslegung von der Deutschen Arbeitsfront ermächtigt werden, weil ihnen nach § 13 RRAO. anwaltliche Befugnisse zustehen. Dasselbe gilt von nach § 29 RRAO. amtlich bestellten Vertretern eines Rechtsanwalts. Dem entspricht auch die praktische Handhabung der Rechtsberatungsstellen der Deutschen Arbeitsfront.

Dieselben Fragen tauchen bei der Zulassung eines Rechtsanwalts durch den Vorsitzenden beim ArbG. auf. Sie sind ebenso zu beantworten.

---

[23]) „Kommt die Prozeßvertretung einer Partei durch die Rechtsberatungsstellen der Deutschen Arbeitsfront nicht in Betracht . . ."

[24]) Ebenso Volkmar: ArbRSamml. 25 (LArbG.), 84.

[25]) Vgl. z. B. LArbG. Frankfurt a. M.: ArbRSamml. 28 (LArbG.), 22 = ArbRspr. 1936, 217.

[26]) Vgl. Burkhardt a. a. O. S. 29.

[27]) „Bedeutung und Wirkung der von der Deutschen Arbeitsfront gemäß § 11 ArbGG. erteilten Ermächtigung": DArbR. 1935, 163.

[28]) Wie hier Dersch-Volkmar, „Kommentar zum ArbGG.", 5. Aufl., § 11 Anm. 6d; Burkhardt a. a. O. S. 28; Rundschreiben Nr. 14/35 des Reichsgeschäftsführers und des Reichsfachgruppenleiters Rechtsanwälte des Nationalsozialistischen Rechtswahrerbundes vom 12. Febr. 1935: DR. 1935, 101.

[29]) Noack, „Kommentar zur RRAO.", 2. Aufl. 1937, § 13 Anm. 1.

[30]) And. Anf. Jonas a. a. O. S. 11 unter b.

[31]) And. Anf. Jonas a. a. O. § 78 S. 11 unter b sowie DArbR. 1935, 234.

[32]) Ebenso für den amtlichen oder legitimierten Vertreter das Rundschreiben Nr. 14/35 des Reichsgeschäftsführers und des Reichsfachgruppenleiters Rechtsanwälte des Nationalsozialistischen Rechtswahrerbundes: DR. 1935, 101.

Jonas[33]) nimmt an, daß der nach § 29 RRAO. bestellte Anwaltsvertreter und der Anwaltsassessor keiner besonderen Zulassung durch den Vorsitzenden des ArbG. bedürfen, da die Zulassung des Rechtsanwalts, für den sie auftreten, ihre Zulassung decke. Ich kann dieser Auffassung nicht beitreten. Denn da die Zulassungsprüfung sich auch auf die Person des von der Partei in Aussicht genommenen Prozeßbevollmächtigten erstrecken muß, gilt die Zulassung immer nur für den jeweils ausdrücklich zugelassenen Rechtsanwalt. Praktische Schwierigkeiten sind hier — soweit ich sehe — nicht vorgekommen. Denn gegen die Zulassung von Anwaltsvertretern bestehen, falls eine Ermächtigung durch die Arbeitsfront nicht in Frage kommt, keine Bedenken, sofern sie über den Prozeßstoff unterrichtet sind und keine in ihrer Person vorliegenden Gründe dagegen sprechen.

Betont werden muß aber, daß seitens der ArbG. einem Unterbevollmächtigungsunwesen, wie es früher vielfach bei den Gerichten eingerissen war, scharf entgegengetreten werden muß und wird. Gerade im Arbeitsgerichtsverfahren geht es nicht an, daß Prozeßbevollmächtigte auftreten, denen in letzter Stunde die Prozeßakten in die Hand gedrückt wurden, so daß sie nicht oder nicht hinreichend über den Streitstand unterrichtet sind.

Der Vorsitzende des ArbG. kann m. E. — falls eine Prozeßvertretung durch die Deutsche Arbeitsfront nicht in Frage kommt — auch einen von einem Rechtsanwalt unterbevollmächtigten Probeassessor oder Referendar zur Terminsvertretung zulassen. Ein Probeassessor oder Referendar kann sehr wohl eine andere geeignete Person i. S. des § 11 Abs. 1 Satz 2 ArbGG. sein, dessen Zulassung dem Vorsitzenden übertragen ist.

Jonas meint, Probeassessoren und Referendare seien schlechthin von der Vertretung vor dem ArbG. ausgeschlossen. Die Ausschlußvorschrift des § 11 ArbGG. müsse unter dem Gesichtspunkt der Gesetzesumgehung hier ebenso gelten, wie die Bestimmung des § 157 ZPO. auf Angestellte von Rechtsbeiständen Anwendung zu finden habe[34]). Ich bin anderer Ansicht. Nach § 20 Abs. 3 RRAO. finden auf Probeassessoren und einem Rechtsanwalt zur Ausbildung überwiesene Referendare die Vorschriften des § 157 Abs. 1 u. 2 ZPO. keine Anwendung, wenn sie den Rechtsanwalt vor dem ArbG. vertreten, da kein Anwaltszwang besteht. Der hier vertretenen Auffassung entspricht auch die Handhabung in der Praxis.

Die Ermächtigung durch die Deutsche Arbeitsfront[35]) wird von dem Leiter der Gaurechtsberatungsstelle erteilt, in dessen Bereich das für den Rechtsstreit zuständige ArbG. liegt. Für Großstädte, die nicht Sitz von Gauleitungen der Deutschen Arbeitsfront sind, ist die örtliche Dienststelle der Arbeitsfront zuständig[36]). Die Ermächtigung soll nur erteilt werden, wenn der Rechtsstreit in rechtlicher oder tatsächlicher Beziehung von besonderer Bedeutung ist oder aus einem sonstigen Grunde die Prozeßvertretung durch einen Rechtsanwalt zweckmäßig erscheint. Die Deutsche Arbeitsfront erteilt die Ermächtigung grundsätzlich nur Mitgliedern der Reichsfachgruppe Rechtsanwälte des NS.-Rechtswahrerbundes.

Um der Deutschen Arbeitsfront die Grundlage für die Ermächtigung zu verschaffen, muß dem Ermächtigungsantrag eine vollständige Darstellung des Sach- und Streitstandes beigefügt werden. Besondere Gründe, die die Ermächtigung rechtfertigen sollen, sind mitzuteilen. Die Ermächtigung wird verhältnismäßig selten erteilt. Vor dem ArbG. Berlin wurden 1935 in etwa 1900 Fällen, 1936 in etwa 900 Fällen bei 35000 bzw. 25000 anhängigen Klagen Rechtsanwälte ermächtigt.

Gegen die Verweigerung der Ermächtigung ist nicht etwa die Beschwerde an das ArbG. zulässig. Denn die Ermächtigung ist Sache der Arbeitsfront, über die das ArbG. keine Aufsichtsbefugnisse hat. Vielmehr ist die Beschwerde bei der Bezirksrechtsstelle und weitere Beschwerde an das Zentralbüro der Deutschen Arbeitsfront, Amt für Rechtsberatungsstellen, zulässig[37]).

Der Vorsitzende des ArbG. hat bei der Zulassung eines Rechtsanwalts die formellen und sachlichen Voraussetzungen zu prüfen.

Außer den bereits erörterten Fragen gehört zur sachlichen Voraussetzung der Zulassung, daß sie angebracht ist. Sie wird es in der Regel sein, wenn die Partei wegen Abwesenheit, Krankheit, beruflicher Tätigkeit oder aus sonstigen persönlichen Gründen oder infolge Schwierigkeit des Prozeßstoffes eines rechtskundigen Vertreters bedarf[38]). Die Zulassung wird in der Regel auch dann geboten sein, wenn der Prozeßgegner einen rechtskundigen Prozeßbevollmächtigten hat[39]). Nicht Aufgabe des Vorsitzenden ist es, in besondere Prüfung der Aussichten des Rechtsstreits einzutreten, bevor er den Rechtsanwalt zuläßt. Denn für eine solche Prüfung fehlt jede gesetzliche Vorschrift. Ist die Rechtsverfolgung aber offensichtlich aussichtslos aus materiellen, formellen oder verfahrensrechtlichen Gründen (z. B. bei fehlender sachlicher oder örtlicher Zuständigkeit des ArbG.), so ist der Zulassungsantrag zurückzuweisen. Denn es kann nicht Aufgabe eines Gerichts sein, in einem solchen Fall durch die Zulassung völlig überflüssige Arbeit zu leisten[40]).

Hinsichtlich der Person des Rechtsanwalts hat der Vorsitzende des ArbG. zu prüfen, ob in dieser Hinsicht ernste Bedenken gegen die Zulassung sprechen, ob sich der Rechtsanwalt seiner Fähigkeiten oder seiner Persönlichkeit nach zur Vertretung vor dem ArbG. eignet[41]).

Erhebliche Schwierigkeiten bei der Zulassung der Rechtsanwälte sind aus rassischen Gesichtspunkten entstanden. Wiederholt ist die Frage aufgetaucht, inwieweit ein arischer Anwalt zur Vertretung von jüdischen Parteien oder Mischlingen zugelassen werden darf. Maßgebend ist dafür die Judenverordnung der Rechtsfront v. 2. Sept. 1935 mit der Ergänzung v. 24. Okt. 1935[42]). Danach darf ein Rechtsanwalt, der Mitglied der NSDAP., Amtswalter des NS.-Rechtswahrerbundes oder Leiter einer NS.-Rechtsbetreuungsstelle ist, Juden wie im ordentlichen Verfahren schlechthin nicht vertreten. Der Vorsitzende wird es in der Regel dem pflichtgemäßen Ermessen des einzelnen Rechtsanwalts überlassen können, daß er die hier gezogenen Grenzen einhält, zumal der Rechtsanwalt sich anderenfalls erheblichen Nachteilen (Ausschluß aus der NSDAP., ehrengerichtliches Verfahren) aussetzt. Tauchen aber Bedenken in dieser Richtung auf, so sind sie vom Vorsitzenden zu prüfen. Ein nach den Grundsätzen der NSDAP. oder der Rechtsfront zur Vertretung eines Juden nicht befugter Rechtsanwalt kann keinesfalls zur Vertretung eines Juden vor dem ArbG. zugelassen werden.

Hinsichtlich der Zulassung von jüdischen Rechtsanwälten sind die Auffassungen geteilt. Soweit man gegen derartige Zulassungen geltend gemacht hat, ein Jude sei zur Findung deutschen Arbeitsrechts nicht imstande, steht dem entgegen, daß jüdische Anwälte ohne Einschränkung zur Prozeßvertretung vor den LArbG. und dem RArbG. befugt sind[43]).

---

[33]) Jonas, „Kommentar zur ZPO.", 16. Aufl. 1938, § 78 S. 11 unter b.

[34]) DArbR. 1935, 234; „Kommentar zur ZPO.", § 78 unter VII A 2d S. 12.

[35]) Zum folgenden vgl. Burkhardt a. a. O. S. 27—28. Burkhardt ist Leiter der Gaurechtsberatungsstelle Berlin der Deutschen Arbeitsfront. Seine Ausführungen sind deshalb besonders wertvoll.

[36]) Umdruck der Reichs-Rechtsanwaltskammer 53/35, abgedruckt bei Noack a. a. O. S. 20.

[37]) Vgl. Noack a. a. O. S. 20; Burkhardt a. a. O. S. 28.

[38]) Ebenso die Richtlinien des RArbM. zu § 11 ArbGG.

[39]) Ebenso LArbG.: ArbRSamml. 26, 74 u. Volkmar ebendort S. 78.

[40]) Vgl. ebenso Volkmar und LArbG. Gleiwitz a. a. O. 25 (LArbG.), 84; ArbG. Berlin in 10 Ca 525/37 (unveröffentlicht).

[41]) Ebenso Volkmar a. a. O. 26 (LArbG.), 79; Jonas: DArbR. 1935, 233; Burkhardt a. a. O. S. 29, 30.

[42]) Abgedruckt JW. 1935, 2707 und bei Noack a. a. O. S. 290; vgl. auch das Rundschreiben der Reichsgeschäftsstelle des Nationalsozialistischen Rechtswahrerbundes betr. Vertretung von Nichtariern vor den Arbeitsgerichten bei Noack a. a. O. S. 92.

[43]) So auch LArbG. Essen: ArbRSamml. 26 (LArbG.), 70; a. A. Volkmar a. a. O. S. 79 und ArbG. Magdeburg: JW. 1935, 1895; JW. 1937, 275; ArbG. Berlin: ArbRspr. 1935, 342.

Diese höheren Gerichte haben doch wahrlich auch deutsches Recht zu finden.

Das LArbG. Kassel vertritt in einem Beschluß (ArbR-Samml. 33, 105 ff.) die Auffassung, der Vorsitzende des ArbG. dürfe grundsätzlich einen jüdischen Rechtsanwalt auch zur Vertretung einer jüdischen Partei im arbeitsgerichtlichen Verfahren nicht zulassen. Es folgert das aus den gesetzlichen Vorschriften, die die jetzige Beschränkung und spätere völlige Ausschaltung des Judentums in der Rechtsanwaltschaft bezwecken (Ges. v. 7. April 1933 [RGBl. I, 188]; AV. d. RJM. v. 19. Dez. 1935 [DJ. S. 1858]). Es meint, das Ges. zur Änderung des ArbGG. v. 20. März 1935 habe den noch zugelassenen jüdischen Rechtsanwälten kein Neuland schaffen wollen. Die Befugnisse der Deutschen Arbeitsfront bei der Erteilung der Ermächtigung und des Vorsitzenden des ArbG. bei der Zulassung könnten naturgemäß nur denselben Inhalt haben. Der Deutschen Arbeitsfront sei es selbstverständlich versagt, einen jüdischen Rechtsanwalt zu ermächtigen. Die Richtlinien des RArbM. v. 13. Juni 1935 zu § 11 ArbGG. hätten von der Vertretungsbefugnis nichtarischer Rechtsanwälte vor den ArbG. nichts erwähnt. Es sei deshalb geflissentlich von der Ausdehnung der Vertretungsbefugnis auf nichtarische Rechtsanwälte abgesehen worden.

Volkmar ist (a. a. O. S. 109) sowohl grundsätzlich als hinsichtlich der Begründung der Auffassung des LArbG. Kassel beizutreten. Er gibt aber zu, daß aus dieser Auffassung praktische Schwierigkeiten erwachsen können, wenn es z. B. einer jüdischen Partei nicht möglich ist, einen zu ihrer Vertretung geneigten arischen Rechtsanwalt zu finden, die Vertretung durch einen Rechtsanwalt aber dringend geboten ist.

Ich halte die Auffassung des LArbG. Kassel für unzutreffend. Die Befugnisse der Deutschen Arbeitsfront zur Ermächtigung und des Vorsitzenden zur Zulassung von Rechtsanwälten haben nicht denselben Inhalt. Die Deutsche Arbeitsfront ermächtigt Rechtsanwälte zur Vertretung von jüdischen Parteien oder ihr nicht angehörender arischer Parteien oder solcher Parteien, die sie nicht vertreten will, nicht. Sie ermächtigt auch grundsätzlich arische Rechtsanwälte dann nicht, wenn sie nicht Mitglieder des NS.-Rechtswahrerbundes sind. Bei folgerichtiger Anwendung des Grundsatzes des LArbG. München könnten daher auch diese Rechtsanwälte vom Vorsitzenden des ArbG. zur Vertretung vor den ArbG. nicht zugelassen werden. Diese Folgerung ist aber unmöglich. Die Zulassung kann sich im übrigen — im Gegensatz zur Ermächtigung durch die Deutsche Arbeitsfront — auf andere geeignete Personen im Sinne des § 11 Abs. 1 Satz 2 ArbGG. erstrecken. Sie ist also weitgehend verschieden von der Ermächtigung.

Wenn die Richtlinien zu § 11 ArbGG. jüdische Rechtsanwälte von der Prozeßvertretung vor den ArbG. hätten ausschließen wollen, hätte es nahegelegen, das ausdrücklich zum Ausdruck zu bringen, wie es für die Anerbenbehörden geschehen ist (vgl. schon § 14 der außer Kraft gesetzten 1. DurchfVO. zum REG v. 19. Okt. 1933 [RGBl. I, 749] und jetzt § 14 EhVfO v. 21. Dez. 1936 [RGBl. I, 1082]).

Entscheidend sind deshalb andere Gesichtspunkte.

Vom Standpunkt der nationalsozialistischen Weltanschauung bestehen — solange jüdische Anwälte überhaupt vor deutschen Gerichten auftreten können — m. E. keine Bedenken dagegen, daß jüdische Anwälte jüdische Parteien vertreten. Der Jude mag seine kulturellen, also auch rechtlichen Belange selbst oder durch einen Rassegenossen wahren[44]). Das erscheint sogar geboten. Arischen Anwälten ist die Vertretung von Juden nicht zumutbar. Die Judenverordnung der Rechtsfront zeigt ja deutlich die Grenzen, die hier aus weltanschaulichen Gründen für die Vertretung durch arische Anwälte gezogen sind[45]).

Dagegen wird ein jüdischer Rechtsanwalt als Prozeßbevollmächtigter einer arischen Partei in aller Regel nicht zuzulassen sein. Derartige Zulassungsanträge werden infolge der rassischen Aufklärung des Volkes auch kaum noch gestellt.

In formeller Richtung hat der Vorsitzende des ArbG. zu prüfen, ob die Voraussetzungen für die Zulassung (keine Mitgliedschaft zur Deutschen Arbeitsfront; Ablehnung der Prozeßvertretung durch die Deutsche Arbeitsfront bei Mitgliedschaft) glaubhaft gemacht sind, wie das die Richtlinien des RArbM. zu § 11 ArbGG. fordern. Zur Glaubhaftmachung dafür, daß die Deutsche Arbeitsfront die Partei nicht vertritt, genügt eine Bescheinigung der zuständigen Rechtsberatungsstelle der Deutschen Arbeitsfront. Im übrigen sind eidesstattliche Versicherungen der Parteien ausreichend[46]). In der Praxis wird diese Glaubhaftmachung leider häufig unterlassen und sind deshalb zeitraubende Auflagen erforderlich.

Von sehr großer praktischer Bedeutung ist die Frage, ob die Ermächtigung durch die Deutsche Arbeitsfront bzw. Zulassung durch den Vorsitzenden des ArbG. rückwirkende Kraft hat und ob eine einstweilige Zulassung durch den Vorsitzenden stattfinden kann. Denn bei eiligen Anträgen läßt sich die Ermächtigung häufig nicht rechtzeitig beschaffen.

Da sich die Zulassung und Ermächtigung gegeneinander ausschließen, darf der Vorsitzende des ArbG. einen Rechtsanwalt, der die erforderliche Ermächtigung der Deutschen Arbeitsfront nicht vorlegen kann, unter Vorbehalt der Nachbringung der Ermächtigung einstweilen zur Prozeßvertretung nicht zulassen. § 89 ZPO. kann auf diesen Fall entsprechend nicht angewendet werden. Denn diese Vorschrift behandelt die einstweilige Zulassung auf Grund privatrechtlicher Bevollmächtigung eines Vertreters ohne Beibringung einer Vollmacht, § 11 ArbGG. den öffentlich-rechtlichen Akt der Zulassung[47]).

Eine vorläufige Zulassung ist dagegen möglich, wenn eine Vertretung durch die Deutsche Arbeitsfront nicht in Frage kommt, vorbehaltlich der Nachbringung der dafür erforderlichen Darlegung und Glaubhaftmachung[48]).

Der Mangel der Ermächtigung bzw. Zulassung kann jedoch durch nachträgliche Erteilung geheilt werden. Diese Frage ist sehr wichtig für alle Anträge, durch die Fristen gewahrt werden, wie z. B. bei Einsprüchen gegen Versäumnisurteile oder der Widerrufsklage nach dem ArbOG. Die Vorschriften der §§ 551 Nr. 5, 579 Nr. 4 ZPO. sind hier sinngemäß anwendbar. Die Mängel in der Prozeßvertretung können also durch Parteigenehmigung geheilt werden. Es wäre unzweckmäßig und formalistisch, anders zu verfahren. In der Zulassung und Ermächtigung liegen außerdem solche für alle für die Prozeßführung erforderlichen Prozeßhandlungen. Mangels ausdrücklicher gegenteiliger Einschränkung der Zulassung bzw. Ermächtigung muß als Wille des Zulassenden bzw. Ermächtigenden angenommen werden, daß etwa bereits erfolgte Prozeßhandlungen von der Zulassung bzw. Ermächtigung ergriffen werden[49]).

Nicht einheitlich beantwortet wird die Frage, auf welchen Zeitpunkt die nachträglich erfolgte Zulassung zurückwirkt. Das ArbG. Frankfurt a. M. hat die Auffassung vertreten, der Zulassungsbeschluß wirke nur bis zu dem Zeitpunkt zurück, zu dem frühestens über die Zulassung positiv hätte entschieden werden können[50]). Dieser Ansicht ist Volkmar[51]) mit Recht entgegengetreten. Erforderlich ist für die Rückwirkung, daß im Zeitpunkt, bis zu dem sie sich erstrecken soll, die objektiven Voraussetzungen für die Zulassung vorliegen. War eine Partei also zunächst Mit-

---

[44]) Vgl. hierzu § 3 Abs. 2 der 4. VO. zum RBürgerG. v. 25. Juli 1938 (RGBl. 969), wonach ein jüdischer Arzt, der eine Genehmigung nach § 2 a. a. O. hat, trotz Erlöschens seiner Approbation Juden behandeln darf.

[45]) Für die Zulassung jüdischer Rechtsanwälte: LArbG. Essen und Berlin: ArbRSamml. 26 (LArbG.), 72 ff.; LArbG. Dresden: ArbRspr. 1937, 28; LArbG. Berlin: ArbRspr. 1935, 344.

[46]) Bei Juden genügt zur Glaubhaftmachung dafür, daß sie nicht Mitglieder der Arbeitsfront sind, der Augenschein.

[47]) Vgl. ebenso LArbG. München: ArbRSamml. 22 (LArbG.), 150 mit zustimmender Anmerkung von Volkmar a. a. O. S. 156.

[48]) Ebenso Volkmar a. a. O. 32 (ArbG.), 211.

[49]) Ebenso Volkmar: ArbRSamml. 22 (LArbG.), 156; Jonas, „Kommentar zur ZPO.", § 78 VII A 1 a γ.

[50]) ArbRSamml. 32 (ArbG.) Nr. 7 S. 208.

[51]) Volkmar a. a. O. S. 210.

glied der Deutschen Arbeitsfront und ist sie erst während des Rechtsstreits aus der Deutschen Arbeitsfront ausgetreten, so würde die Rückwirkung der Zulassung sich nur bis zum Zeitpunkt des Austritts erstrecken[52]).

Die Zulassung ist von dem Rechtsanwalt oder der Partei zu beantragen[53]).

Zweckmäßig ist ein ausdrücklicher Antrag zu stellen. Aber auch ein stillschweigender Antrag ist zulässig. Ein solcher ist in der von einem Rechtsanwalt eingereichten Klageschrift oder einem sonstigen Schriftsatz eines Rechtsanwalts zu erblicken[54]).

Die Form der Zulassung ist zweckmäßig der Beschluß. Die Zulassung kann aber auch stillschweigend geschehen. Eine derartige stillschweigende Zulassung ist z. B. anzunehmen, wenn der Vorsitzende auf die von einem Rechtsanwalt eingereichte Klage Termin anberaumt oder den Rechtsanwalt im Termin zur Sache verhandeln läßt[55]).

Die Zulassung und die Ermächtigung kann immer nur für einen bestimmten Prozeß erteilt werden und nicht generell[56]). Eine solche generelle Zulassung oder Ermächtigung wäre rechtsunwirksam.

Die Ermächtigung, die die Arbeitsfront einmal erteilt hat, kann nicht widerrufen werden.

Dagegen ist ein Widerruf der durch den Vorsitzenden erfolgten Zulassung möglich, wenn der Richter dabei von unrichtigen tatsächlichen Voraussetzungen ausgegangen ist. Die Partei war z. B. doch Mitglied der Deutschen Arbeitsfront oder die Deutsche Arbeitsfront war zur Vertretung der Partei bereit[57]).

Dagegen kann der Vorsitzende die Zulassung nicht widerrufen, wenn er etwa nachträglich seine Auffassung dahin ändert, die Rechtslage sei für die Zulassung eines Anwalts zu einfach[58]).

Gegen die Zulassung ist ein Rechtsmittel nicht gegeben. Gegen die Versagung der Zulassung ist die einfache Beschwerde zulässig (§ 567 ZPO.)[59]).

Die Arbeitsfront oder der Vorsitzende des ArbG. erteilen die Ermächtigung bzw. Zulassung nur dem von der Partei bevollmächtigten Anwalt. Es ist nicht ihre Aufgabe, einen Anwalt auszuwählen. Die Zulassung oder Ermächtigung macht auch die Erteilung einer schriftlichen Prozeßvollmacht nicht überflüssig.

Die Auffassungen über die Beiordnung eines Rechtsanwalts im Armenrecht durch die ArbG. sind widerspruchsvoll.

Das LArbG. Chemnitz vertritt die Meinung, eine Armenrechtsbewilligung komme wegen des mangelnden Vorschusses überhaupt nicht in Frage[60]). Dagegen spricht aber, daß die arme Partei, die unterliegt, sofort Gerichtskosten zu zahlen hätte, die ihr bei der Armenrechtsbewilligung gestundet wären. Im Falle des Obsiegens könnte die arme Partei auch als Zweitschuldner herangezogen werden[61]).

Es wird auch die Auffassung vertreten, daraus, daß der Anspruch gegen den unterliegenden Prozeßgegner auf Erstattung der Kosten für die Zuziehung eines Prozeßbevollmächtigten nach § 61 ArbGG. nicht bestehe, folge, daß der Staat die Armenanwaltsgebühren nicht habe übernehmen wollen.

Auch diese Auffassung ist abzulehnen. Die Zulassung oder Ermächtigung eines Rechtsanwalts beseitigt die Schranken, die dem Auftreten des Rechtsanwalts vor dem ArbG. entgegenstehen. Ist er im Armenrecht beigeordnet, so kommt das ArmAnwG. v. 20. Dez. 1928 zur Anwendung, da es nach Art. 1 § 1 für alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, also auch die Arbeitsgerichtsprozesse Geltung hat. Dem entspricht auch die einheitliche Praxis der meisten Arbeitsgerichte[62]).

Die Gebühren eines Rechtsanwalts sind nicht erstattungspflichtig. Volkmar hat das in der JW.[63]) bereits so überzeugend nachgewiesen, daß darauf verwiesen werden kann.

Dagegen sind die Reisekosten eines Rechtsanwalts insoweit erstattungsfähig, als der durch ihn vertretenen Partei, wenn sie keinen Prozeßbevollmächtigten bestellt hätte, gleich hohe Reisekosten persönlich erwachsen sein würden[64]).

Da die Kosten für die Zuziehung eines Rechtsanwalts im Arbeitsgerichtsverfahren nicht erstattungspflichtig sind, hat sie mangels ausdrücklicher Vereinbarung auch die Partei nicht zu tragen, die vergleichsweise die Kosten eines arbeitsgerichtlichen Rechtsstreits übernimmt. Bei Vergleichen ist hierauf deshalb besonders zu achten.

Häufig beantragen Rechtsanwälte, die Parteien vor den ArbG. vertreten haben, nach Abschluß von Vergleichen die Streitwertfestsetzung durch das ArbG. Derartige Anträge sind meist abgelehnt worden. Denn es wird zumeist die Ansicht vertreten, das Prozeßgericht dürfe den Streitwert nur festsetzen, wenn eine Gerichtsgebühr entstehe[65]). Eine solche Gerichtsgebühr entsteht ja aber bekanntlich bei Vergleichen im arbeitsgerichtlichen Verfahren nicht (vgl. § 12 ArbGG.). Dieser Ansicht kann jedoch nicht beigetreten werden. Die Wertbasis des Rechtsstreits wird durch den stattgefundenen Vergleich in keiner Weise berührt. Die Gebührenfreiheit betrifft nur die Staatskasse. Die Gebühren des Rechtsanwalts werden von dem Vergleich nicht berührt. § 18 GKG. macht die Streitwertfestsetzung in keiner Weise von der Entstehung einer Gerichtsgebühr abhängig.

Zur Festsetzung des Streitwerts in solchen Fällen zwingen aber vor allem praktische Erwägungen. Die Nichtfestsetzung des Streitwerts durch das ArbG. würde in zahlreichen Fällen zu unhaltbaren Ergebnissen führen. Der Rechtsanwalt und seine Partei würden für den Fall eines Streites über den Streitwert und damit die Höhe der Rechtsanwaltsgebühren auf einen neuen Prozeß verwiesen werden. Dieser Prozeß müßte vor dem ordentlichen Gericht stattfinden, dem die arbeitsgerichtlichen Prozesse vielfach fremd sind und das durch zeitraubende Doppelarbeit sich erst in den Prozeßstoff einarbeiten müßte.

Demgegenüber kennt das ArbG. den Prozeßstoff und die für die Wertfestsetzung maßgebenden Umstände ohne weiteres. Schließlich würde es auch der Beschleunigungstendenz des zivilprozessualen und arbeitsgerichtlichen Verfahrens widersprechen, wenn man die Beteiligten auf einen neuen Prozeß vor dem ordentlichen Gericht verweisen würde. Aus Zweckmäßigkeitsgründen muß daher die Streitwertfestsetzung auch in Fällen der vorliegenden Art für zulässig angesehen werden[66]).

---

[52]) Ebenso Volkmar a. a. O.

[53]) Darüber, daß der Rechtsanwalt den Antrag selbst stellen kann, vgl. LArbG. München: ArbRSamml. 26 (LArbG.), 80, Volkmar ebendort S. 81 und Volkmar a. a. O. 24 (LArbG.), 135.

[54]) Ebenso Jonas, „Kommentar zur ZPO.", 16. Aufl. 1938, § 78 S. 10; Volkmar: ArbRSamml. 32 (ArbG.), 210.

[55]) Ebenso Jonas a. a. O. und DArbR. 1935, 233.

[56]) Ebenso Körting a. a. O. S. 163.

[57]) Anb. Anf. Körting a. a. O. S. 163 ohne Begründung; wie hier Jonas: DArbR. 1935, 234.

[58]) Ebenso Jonas a. a. O. S. 234.

[59]) Ebenso Jonas: DArbR. 1935, 233; Volkmar: ArbRSamml. 25 (LArbG.), 88; 26 (LArbG.), 78; LArbG. Hannover a. a. O. 26 (LArbG.), 76; LArbG. München a. a. O. 26 (LArbG.), 79; LArbG. Hamburg a. a. O. 26, 74; a. A. LArbG. Magdeburg a. a. O. 25 (LArbG.), 85 und LArbG. Nürnberg-Fürth a. a. O. 25 (LArbG.), 87.

[60]) a. a. O. 29 (LArbG.), 46.

[61]) Ebenso Volkmar: ArbRSamml. 29 (LArbG.), 48.

[62]) Ebenso Dersch-Volkmar a. a. O. § 61 Anm. 3 S. 393; Pracht, „Nachtrag zum ArbGG.", 1936, S. 5, 6; Volkmar: ArbRSamml. 21 (LArbG.), 82; Jonas, „Kommentar zur ZPO.", § 78 und die LArbG. Nürnberg-Fürth: ArbRSamml. 21 (LArbG.), 81 und Dresden a. a. O. 22 (LArbG.), 41; a. A. Baumbach-Teichmann, „Kommentar zum ArbGG.", § 61.

[63]) JW. 1935, 1135.

[64]) So LArbG. Aachen: ArbRSamml. 28 (LArbG.), 222; Volkmar ebendort S. 228; Dersch-Volkmar, „Kommentar zum ArbGG.", 5. Aufl. 1934, § 61 Anm. 3.

[65]) So Baumbach, „Reichskostengesetze", 6. Aufl., GKG. § 18 Anm. 1; K. Busch u. O. Krieg, „DGKG.", 11. Aufl., § 18 Erl. 2; KG.: JW. 1926, 859 u. unter Berufung auf diese Entscheidung LArbG. Berlin, 103 Sa 202/36 (unveröffentlicht).

[66]) Ebenso LArbG. München: ArbRSamml. 27 (LArbG.), 169 nebst zustimmender Anmerkung von Volkmar und LArbG. München: JW. 1938, 2061 mit zustimmender Anmerkung von Willy Franke; ArbG. Berlin in 11/12 Ca 576/36, 11/12 Ca 719/36 (unveröffentlicht).

Eigentumsfragen beim Ehestandsdarlehn

Von Gerichtsassessor Dr. Freund, Münster

I. Nach der grundsätzlichen Erörterung zum gleichen Thema in JW. 1938, 1785 sei kurz ein Blick auf die Verfügungsbefugnisse der Ehegatten über die mit Ehestandsdarlehn (im folgenden = ED.) angeschafften Sachen während des Bestehens der Ehe geworfen.

In allen Fällen, in denen eine Miteigentumsberechtigung anzunehmen ist, können die Eheleute über die mit ED. angeschaffte Sache nur gemeinsam verfügen (§ 747 Abs. 2 BGB.). Die Verwaltungsbefugnis des Mannes beim gesetzlichen Güterstand gibt diesem nicht das Recht, über den Miteigentumsanteil der Frau ohne deren Zustimmung zu verfügen (§ 1375 BGB.). Anders ist es in den Fällen der Gesamthandsberechtigung auf Grund eines gütergemeinschaftlichen Güterstandes. Da hier der Miteigentumsanteil der Frau in das Gesamtgut fällt und der Mann über das Gesamtgut allein verfügen darf (§§ 1443, 1519, 1549 BGB.), kann er den mit ED. angeschafften Gegenstand allein veräußern.

II. Zur praktischen Bedeutung gelangen die a. a. O. erörterten Fragen vorzugsweise in den Fällen, in denen nach Auflösung der Ehe die Eheleute selbst sich um die mit ED.-Mitteln angeschafften Sachen streiten, die, auch soweit das ED. noch nicht getilgt ist, nicht etwa mit einem Pfand- oder sonstigem Vorzugsrecht zugunsten des Reiches belastet, sondern freies Eigentum der Eheleute sind[1]). Mit diesen Auseinandersetzungen, die regelmäßig in der Form von Herausgabeprozessen seitens der Frau geführt werden, sind die Amtsgerichte und die Landgerichte in der Berufungsinstanz nicht selten befaßt.

Nach der a. a. O. vertretenen grundsätzlichen Ansicht, daß entweder eine Miteigentums- oder eine Gesamthandsberechtigung der Eheleute besteht, kann ein solcher Herausgabeanspruch nicht bestehen. Vielmehr hat sich die Gemeinschaft bzw. Gesamthand bezüglich der einzelnen, nicht in Natur teilbaren Sachen unmittelbar nach § 753 BGB. oder über §§ 1471, 1477 BGB. durch Verkauf der Sachen und Teilung des Erlöses auseinanderzusetzen. Da grundsätzlich eine gleichmäßige Mitberechtigung beider Eheleute anzunehmen ist, scheint es sich bei den sich danach ergebenden Ansprüchen der Eheleute gegeneinander nur um ein einfaches Rechenexempel zu handeln.

Das trifft jedoch nur da zu, wo das ED. während der Ehe aus dem Einkommen des Mannes oder beider Ehegatten und gegebenenfalls durch den Erlaß mit Rücksicht auf die Geburt eines gemeinschaftlichen Kindes getilgt worden ist. Hier wird auch das Ergebnis, daß beide Eheleute bei der Auseinandersetzung an dem Erlöse gleichmäßig beteiligt sind, befriedigen. Rückschauend wird man hier noch einmal das Ergebnis, das im Augenblick des Erwerbs der Sachen durch die Eheleute eintritt, nämlich gleichmäßige dingliche Mitberechtigung, billigen.

Nun gibt es aber Fälle, in denen ein Ehegatte nichts oder ungleich weniger als der andere zur Tilgung des ED. beigetragen hat.

a) Es ist denkbar, daß das ED. vorzeitig aus anderweitig angefallenen persönlichen Mitteln des Mannes oder der Frau getilgt worden ist.

b) Es ist möglich, daß der Mann kurz nach der Eheschließung die Frau verlassen, sich um die Tilgung des ED. nicht gekümmert hat, der Frau jedoch selbst durch eigene Arbeit die Tilgung möglich gewesen ist.

c) Die Ehe wird schon nach zwei Jahren wegen völliger Vernachlässigung des Haushalts und Schuldenmachens der Frau aus deren alleinigem Verschulden geschieden.

d) Die Ehe wird nach zwei Jahren wegen alleinigen Verschuldens des Mannes geschieden.

Sämtliche Beispiele erfahren noch weiter dadurch eine Abänderung, daß ein Kind oder mehrere Kinder aus der Ehe hervorgegangen sind, nach deren Geburt ja bekanntlich jeweils ein Viertel des ursprünglichen Darlehnsbetrages erlassen wird.

An diesen Beispielen interessiert hier nicht das Wohl- oder Übelverhalten des einen oder andern Ehegatten, da für Billigkeitserwägungen innerhalb des Sachenrechts nur wenig Raum ist, sondern die ohne weiteres erkennbare sehr verschiedene Beteiligung der Eheleute an der Tilgung des ED. Abgesehen von dem nicht notwendig mit einer Eheauflösung gekoppelten Beispiel a ist diese Beteiligung entweder schon vor dem Auseinandergehen ungleich oder hinterher. Völlig einseitig ist sie beispielsweise in den Fällen a und c und im übrigen regelmäßig nach der Trennung der Eheleute. Eine gleichmäßige Mitberechtigung auch in diesen Fällen wird man mindestens bei der Auseinandersetzung nicht billigen, vielleicht sogar an der Angemessenheit der grundsätzlichen sachenrechtlichen Beurteilung zweifeln.

Das letzte zu Unrecht, denn die grundsätzliche Auffassung ist auszurichten an der gesunden, harmonischen Entwicklung der Ehe, wie der Staat bei Zubilligung des ED. und auch die Eheleute selbst bei Eingehung der Ehe sie erwarten, nicht an ihren möglichen Fehlentwicklungen.

Das erste dagegen mit Recht. Gerade bei der Auseinandersetzung bestehen aber auch in den beispielsweise angeführten Fällen Ausgleichsansprüche des einen oder andern Ehegatten, die ihre sachenrechtliche Gleichberechtigung in einer die Belange beider Teile ausreichend berücksichtigenden Weise schuldrechtlich abändern.

Es ist daran zu erinnern, daß die Eheleute für das ED. in allen Fällen gegenüber dem Staate gesamtschuldnerisch haften. Meines Erachtens bestehen keine Bedenken, auch für die Eheleute im Verhältnis zueinander ein echtes Gesamtschuldverhältnis anzunehmen, für das, was hier interessiert, § 426 BGB. gilt. Es ist davon ausgegangen worden, daß der Darlehnsbetrag beiden Eheleuten gleichmäßig und unmittelbar zugute kommen solle, sie beide in gleicher Weise berechtigt sein sollten. Die nicht zu verkennende Tragung der Lasten der Ehe durch den Ehemann war kein ausreichender Grund, anzuerkennen, daß er dafür auch allein das Eigentum an den zunächst mit Staatsmitteln angeschafften Sachen erwerben müsse oder solle. Andererseits ist aber auch schon S. 1785 davon ausgegangen worden, daß der gleichen Berechtigung die gleiche Verpflichtung der Eheleute untereinander gegenüberstehe, daß keiner auf Kosten des anderen etwas geschenkt erhalten solle. Im Verhältnis zueinander sind sie in gleicher Weise zur Rückzahlung des ED. verpflichtet.

Bei der Berechnung des danach von dem einzelnen Ehegatten aufgebrachten Tilgungsbetrages ist jedoch entsprechend der grundsätzlichen Stellungnahme S. 1785 zu der Bedeutung der verständigen Wirtschaftsführung der Frau davon auszugehen, daß die Tilgungsbeträge, die während der Ehe aus dem Einkommen des Mannes gezahlt werden, als von beiden Eheleuten gleichmäßig geleistet anzusehen sind (Ausnahmen: Beispiele a, b, c). Als von beiden Eheleuten geleistet wäre auch im Falle zusätzlichen Arbeitseinkommens der Frau die von beiden aufgebrachte erhöhte Tilgungsrate anzusehen. Beiden Eheleuten wäre ebenso gleichmäßig der mit Rücksicht auf die Geburt eines gemeinschaftlichen Kindes erlassene Darlehnsteil gutzubringen. Außerhalb dieses Tilgungsrahmens von dem einen oder andern zur Tilgung aufgebrachte Beträge sind dagegen als von diesem allein gezahlt anzusehen. Hierher gehören insbesondere auch die Zahlungen, die nach Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft von dem einen oder anderen bewirkt werden. Insoweit besteht ein Ausgleichsanspruch aus § 426 BGB. Dieser ist, soweit er geltend gemacht wird, bei der Klage eines Ehegatten auf die Hälfte des Erlöses zu beachten. Ebenso kann sich naturgemäß im Falle der einseitigen

[1]) Vgl. Pfundtner-Neubert, „Das neue deutsche Reichsrecht", Band Finanzwesen, V a 3, Anm. 4 zu § 3 des 3. Ges. zur Förderung von Eheschließungen v. 3. Nov. 1937.

Tilgung oder des Überschießens des Ausgleichsanspruchs über den Verkaufserlös aus § 426 BGB. ein selbständiger Zahlungsanspruch des einen Ehegatten gegen den anderen ergeben. Soweit eine Gesamthandsberechtigung besteht, ist weiter zu beachten, daß hier vor der Auseinandersetzung unter den Eheleuten erst die Gesamtgutsverbindlichkeiten zu berichtigen sind, zu denen auch das ED. gehört, so daß hier nicht nur ein Ausgleichsanspruch, sondern noch ein zeitweiliges Zurückbehaltungsrecht gegenüber dem Anspruch auf die Erlöshälfte möglich wäre.

Es ist mit Recht schon darauf hingewiesen worden[2]), daß diese Auseinandersetzungen zu Wertverschleuderungen und zu dem Ergebnis führen, daß diese ED.-Sachen keinem der Ehegatten erhalten bleiben. Beides sind jedoch Härten, die in allen Fällen der Auseinandersetzung bezüglich unteilbarer Sachen, insbesondere bei benutzten Gebrauchsgegenständen, bestehen. Ob diese Auseinandersetzungen nach Eheauflösung mit ihren Folgeerscheinungen so häufig sind, daß sie im Interesse der Volksgemeinschaft einer besonderen gesetzlichen Regelung zuzuführen wären, wie sie z. B. Granzow-Rebhuhn a. a. O. vorschlägt, und sie nicht als Härten im Einzelfall auch dem einzelnen zugemutet werden müßten, ist ohne ausreichendes statistisches Material nicht zu übersehen.

Meines Erachtens werden Rechtswahrer und verständige Parteien in den meisten Fällen unter Berücksichtigung der Gesamtrechtslage, insbesondere der möglichen Ausgleichsansprüche, und nicht nur ausgehend von der Bewertung der zu verkaufenden Sachen und der danach zweckmäßig erscheinenden Teilung in Natur, im Vergleichswege solche Wertverschleuderungen verhindern und vernünftige Lösungen finden. Das Sühneverfahren des wohl immer in Betracht kommenden Amtsgerichtsprozesses dürfte hier ausreichende Möglichkeiten und Sicherungen bieten. Daher und mit Rücksicht auf den geringen Umfang des Sach- und Streitstoffes braucht man m. E. nicht einmal zu wünschen, daß auch in den Fällen der nach Gemeinschaftsgrundsätzen vorzunehmenden Miteigentumsauseinandersetzung unter Eheleuten der § 99 FGG. gelten möge, der für die Auseinandersetzung von Gütergemeinschaften die vermittelnde Einschaltung des Gerichts der freiwilligen Gerichtsbarkeit vorsieht.

[2]) Granzow-Rebhuhn: DR. 1938, 120.

Brutto- oder Nettolohn als Grundlage der Schadensberechnung?

A.

Von Assessor Dr. Walter Schüttensack, Köln

RA. Lucas vertritt in JW. 1938, 1992 in Anlehnung an die Rechtsprechung des KG. die Ansicht, bei der Berechnung von Verdienstausfall müsse stets von dem Bruttoeinkommen des Ersatzberechtigten ausgegangen werden. Diese Ansicht kann nicht unwidersprochen bleiben, da sie in ihren Auswirkungen in vielen Fällen zu unhaltbaren Ergebnissen führt.

M. E. ist weder generell vom Brutto-, noch auch in allen Fällen vom Nettoeinkommen auszugehen. Vielmehr muß in jedem einzelnen Falle untersucht werden, welcher Schaden dem Ersatzberechtigten tatsächlich entstanden ist und noch entstehen kann. Es gibt Fälle, in denen der Ersatz des Nettoeinkommens vollen Schadenersatz bietet, während in anderen Fällen nicht einmal die Zugrundelegung des Bruttoeinkommens genügt, um einen völligen Schadensausgleich herbeizuführen.

Bei selbständigen Unternehmern oder Angehörigen der freien Berufe kann weder das Roh-, noch das für die Berechnung der Einkommensteuer maßgebende Reineinkommen ohne weiteres die Grundlage für die Errechnung des Verdienstausfalles, einer Rente aus § 843 BGB. oder einer Kapitalabfindung bilden. Hier ist vielmehr entweder vom Roheinkommen auszugehen. In diesem Falle müssen aber die infolge der Nichtausübung der Tätigkeit ersparten beweglichen Betriebskosten abgesetzt werden. Legt man dagegen das Reineinkommen zugrunde, so müssen die weiterlaufenden festen Betriebskosten zugesetzt werden, damit sich der ersatzpflichtige Ausfall ergibt. Handelt es sich um einen Dauerschaden, der den Ersatzberechtigten zur Aufgabe seines Berufes zwingt, so ist für die Zeit nach der Geschäftsaufgabe das voraussichtlich vom Verletzten noch erzielte Reineinkommen maßgebend.

Damit bei Lohn- und Gehaltsempfängern die erforderliche Abgrenzung der einzelnen Möglichkeiten vorgenommen werden kann, ist es notwendig, näher auf die einschlägigen Bestimmungen des Sozialversicherungs- und Steuerrechts einzugehen.

Ausgangspunkt der Berechnung des Verdienstausfalles ist auch hier der das gesamte Schadensersatzrecht beherrschende § 249 BGB. Schon hieraus folgt, daß für die Berechnung des Verdienstausfalles in erster Linie der Nettolohn maßgebend ist; denn wenn der Unfall nicht eingetreten wäre, hätte der Verletzte diesen Nettolohn weiterbezogen. Nach dem Unfall hört (beim Lohnempfänger sofort, beim Gehaltsempfänger nach sechs Wochen) mit der Lohnzahlung auch die Entrichtung von Sozialversicherungsbeiträgen und Steuern auf. Bei der Berechnung des Schadens muß nunmehr in jedem einzelnen Falle geprüft werden, ob dem Ersatzberechtigten aus dieser Unterbrechung der Beitrags- und Steuerzahlung ein Nachteil entsteht.

Das KG. meint (JW. 1938, 1816), zum Ausgleich eines derartigen Nachteils müsse eben der Schädiger dem Verletzten die nicht entrichteten Beitrags- und Steuerbeträge erstatten. In der Begründung ist u. a. ausgeführt:

> „Steuer muß auch von der Entschädigung gezahlt werden. Soweit die Beitragspflicht entfällt, hat sich der Kläger diesen Vorteil dadurch erworben, daß er Beiträge entrichtet hat, solange er arbeitete. Es wäre unbillig, wenn dieser Vorteil dem Schädiger zugute käme. Es liegt insoweit nicht anders als bei privaten Versicherungsleistungen."

Diese Begründung ist nicht stichhaltig. Zunächst muß der Ersatzberechtigte die Entschädigung durchaus nicht in allen Fällen versteuern, worauf noch näher eingegangen wird. Außerdem ist es unbillig, nur weil der Vorteil der Beitragsbefreiung dem Schädiger nicht zugute kommen soll, diesem die vom Verletzten tatsächlich nicht entrichteten Beiträge aufzubürden, ohne zu fragen, ob der Verletzte infolge der Unterbrechung der Beitragszahlung überhaupt einen Schaden erleidet. Der Vergleich mit Leistungen aus privaten Versicherungsverträgen ist m. E. ganz abwegig. Nach der feststehenden und bisher nicht durchbrochenen Rechtsprechung des RG. über die Vorteilsausgleichung bleibt ein Vorteil, der dem Geschädigten auf Grund eines Vertrages erwächst, bei der Schadensberechnung außer Betracht, während ein auf gesetzlicher Vorschrift beruhender Vorteil dem Ersatzberechtigten anzurechnen ist. Außerdem ist der Vergleich auch nicht logisch: Denn die Beitragsbefreiung ist ja gar kein „Vorteil" für den Geschädigten, sondern lediglich die Folge des Aufhörens der Lohnzahlung.

Ich wiederhole: Es ist im Einzelfall zu prüfen, ob dem Ersatzberechtigten aus der Unterbrechung der Beitrags- und Steuerzahlung ein Nachteil entsteht. Wenn das der Fall ist, muß dieser Schaden außer dem Ersatz des Nettolohnausfalles ausgeglichen werden. Das ist aber nicht möglich, indem man einfach der Schadensberechnung den Bruttolohn zugrunde legt. Vielmehr ist unter Würdigung aller Umstände nach den Grundsätzen des § 249 BGB. der tatsächliche Schaden festzustellen.

Im einzelnen gilt folgendes:

1. Krankenversicherung. Nach § 383 RVO. sind bei Arbeitsunfähigkeit für die Dauer der Krankenhilfe keine Beiträge zu entrichten. Die Krankenhilfe endet aber nach § 183 RVO. nach ½ Jahr oder spätestens nach 1 Jahr

(§ 187). Sind also die Unfallfolgen binnen dieser Zeit behoben, so entsteht dem Verletzten überhaupt kein Nachteil daraus, daß er während der Arbeitsunfähigkeit keine Beiträge zur Krankenversicherung entrichtet hat. Nimmt die Heilung der Unfallfolgen längere Zeit in Anspruch (Aussteuerung), so müssen die voraussichtlich noch entstehenden Heilungskosten bei der Schadensberechnung berücksichtigt werden. Diese können unter Umständen erheblich höher sein als die Krankenversicherungsbeiträge, so daß hier also die Zugrundelegung des Bruttolohnes dem Gläubiger keinen vollen Ersatz böte.

2. Invalidenversicherung. Nach § 1267 RVO. sind für die Erhaltung der Anwartschaft u. a. die Zeiten anzurechnen (Ersatzzeiten), in denen der Versicherte durch Krankheit zeitweise arbeitsunfähig und nachweislich verhindert gewesen ist, seine Berufstätigkeit auszuüben. Falls also der Verletzte vorübergehend arbeitsunfähig ist, entsteht ihm auch aus der Nichtentrichtung der Invalidenversicherungsbeiträge kein Schaden. Hier ist allerdings § 1267 Abs. 3 RVO. zu beachten, wonach auch für die Ersatzzeiten Beiträge zu entrichten sind, wenn das die Versicherungspflicht begründende Beschäftigungsverhältnis weiterbesteht. Falls also das Arbeitsverhältnis während der Arbeitsunfähigkeit fortbesteht, ist dem Nettolohn der Arbeitnehmeranteil des Invalidenversicherungsbeitrages zuzusetzen. Dauert die Heilung der Unfallfolgen so lange, daß eine Unterbrechung der Anwartschaft eintritt, muß dem Verletzten Gelegenheit gegeben werden, sich die Anwartschaft zu erhalten, oder, wenn er überhaupt keine versicherungspflichtige Tätigkeit mehr ausübt, die Invalidenversicherung nach § 1244 RVO. freiwillig fortzusetzen. Sind die Unfallfolgen so schwer, daß die Voraussetzungen für die Gewährung der Invalidenrente vorliegen, so muß geprüft werden, ob die Rente, die der Verletzte auch ohne den Unfall bei Vollendung des 65. Jahres erhalten hätte, infolge des früheren Eintritts der Invalidität geringer geworden ist, und entsprechend Ersatz geleistet werden.

3. Angestellten und Arbeitslosenversicherung. Die gleichen Grundsätze gelten für die Angestellten- und Arbeitslosenversicherung, und zwar entsprechen § 1267 RVO. § 170 AngVersG. und § 95 ArbVermG. Auch hier ist also zu prüfen, ob eine Unterbrechung der Anwartschaft eintritt.

4. Steuerrechtliches. Seit dem Urteil des RFH.: JW. 1938, 257 steht nunmehr fest, daß auch Entschädigungen, die deswegen an den Steuerpflichtigen gezahlt werden, weil er infolge eines Unfalles Verdienstausfall erlitten hat, unter § 24, 1, a EinkStG. fallen und daher der Einkommensteuer unterliegen. Aber auch hier würde es falsch sein, den Ersatzberechtigten in allen Fällen sein Bruttoeinkommen zu ersetzen. Vielmehr ist auch insoweit im Einzelfall zu prüfen, ob überhaupt eine Steuerpflicht bezüglich der Entschädigung besteht und in welcher Höhe. Wenn die Arbeitsunfähigkeit nur kurze Zeit bestanden hat, so wird der Ersatzberechtigte gemäß § 46 EinkStG. nur dann veranlagt, wenn die Entschädigung für den Verdienstausfall 300 *RM* übersteigt oder die übrigen Voraussetzungen dieser Bestimmung vorliegen. Im übrigen kommt es für die Besteuerung auf den Familienstand an. Außerdem sind seine Werbungskosten, Sonderausgaben und gegebenenfalls die „besonderen wirtschaftlichen Verhältnisse" (§ 33 EinkStG.) maßgebend. Schließlich muß festgestellt werden, ob die Besteuerung nach der Tabelle, oder nach den Sätzen des § 34 EinkStG. erfolgt.

Bei Hinterbliebenenrenten nach § 844 BGB. ist für die Berechnung des entgehenden Unterhalts auch vom Nettoeinkommen des Getöteten auszugehen, weil nur ein Teil dieses Einkommens auf die Hinterbliebenen entfallen ist. Im übrigen ist auch bei diesen Renten zu prüfen, ob und in welcher Höhe hiervon Steuern zu entrichten sind. Insoweit die Hinterbliebenen Anspruch auf „Familienhilfe" aus der Krankenversicherung hatten, ist hierfür ein entsprechender Ausgleich zu schaffen. Dagegen sind die Beiträge für Invaliden-, Angestellten- und Arbeitslosenversicherung überhaupt nicht zu berücksichtigen, da ja für die Hinterbliebenen keine Beitragspflicht besteht, diese im Gegenteil meist Witwen- oder Waisenrente erhalten.

Die vorstehenden Ausführungen können keinen Anspruch auf Vollständigkeit erheben. Das Leben ist so vielgestaltig, daß es im Rahmen einer kurzen Erörterung unmöglich ist, auch nur annähernd alle denkbaren Fälle in den Kreis der Betrachtung zu ziehen. Es sollte ja auch nur gezeigt werden, daß die Übung der meisten Gerichte und sonstigen mit der Schadensfeststellung befaßten Stellen, bei der Berechnung von Verdienstausfall vom Nettolohn auszugehen, dann nicht zu beanstanden ist, wenn der im Einzelfall dem Geschädigten aus der Unterbrechung der Beitrags- und Steuerzahlung entstehende Schaden berücksichtigt wird. Jedenfalls besteht keine Veranlassung, von dieser Übung abzugehen und stets den Bruttolohn zugrunde zulegen. Nach den obigen Ausführungen sind die Fälle sehr häufig, in denen dem Geschädigten infolge der Unterbrechung der Beitragszahlung keinerlei Nachteile entstehen, und er die Entschädigung auch nicht zu versteuern braucht. In diesen Fällen würde er also bei Zubilligung des Bruttolohnes bedeutend mehr erhalten als seinen tatsächlichen Schaden. Daß dies den allgemein anerkannten Grundsätzen des Schadensersatzrechts widerspricht, bedarf keiner besonderen Betonung.

B.

Von Rechtsanwalt Hermann Lucas, Berlin

Die vorstehenden Ausführungen bieten mir keinen Anlaß, von der Auffassung meines Aufsatzes: JW. 1938, 1922 (vom KG. gebilligt: JW. 1932, 808[6] und 1938, 1816[22]) abzugehen. Sie erscheinen mir im Ausgangspunkt irrtümlich. Richtig ist natürlich, daß dieser in § 249 BGB. liegt. Irrtümlich ist dagegen, daß „schon hieraus folge, daß für die Berechnung des Verdienstausfalles in erster Linie der Nettolohn maßgebend ist; denn wenn der Unfall nicht eingetreten wäre, hätte der Verletzte diesen Nettolohn weiterbezogen". Was der Verletzte durch den Unfall (gänzlich oder teilweise) verloren hat und was daher gemäß § 249 BGB. wiedergutzumachen ist, ist sein Arbeitsverdienst. Dieser wird aber niemals durch irgendeinen „Nettolohn" repräsentiert, sondern allein durch den vollen Bruttolohn. Dieser ist der Arbeitslohn im Rechtssinne, während es einen fest umrissenen Begriff des „Nettolohnes" überhaupt nicht gibt. Tatsächlich kommen ja bei Arbeitnehmern noch verschiedenfache andere Abzüge bei der Lohnzahlung vor als diejenigen auf Sozialversicherung und Lohnsteuer; z. B. Abzüge für eine Kleiderkasse oder eine ähnliche Einrichtung und Abzüge auf einen früher vom Arbeitgeber darlehnsweise gewährten Lohnvorschuß. Die These, gemäß § 249 BGB. zu ersetzen sei nur, was der Verletzte ohne den Unfall „weiterbezogen hätte" (was doch, wenn dieser Begriff einen festen Inhalt haben soll, nur bedeuten kann: was der Verletzte ohne den Unfall weiter bar ausgezahlt erhalten haben würde), müßte streng durchgeführt zu dem Ergebnis führen, daß bei der Schadensberechnung auch solche Abzüge auf Kleiderkasse u. dgl. von dem Bruttolohn abzusetzen seien. Selbstverständlich wäre das Unsinn, und ebenso selbstverständlich meint der Verfasser des vorstehenden Aufsatzes auch derartiges nicht. Die Betrachtung solcher anderen Abzüge zeigt aber auf, daß es grundsätzlich verfehlt ist, aus § 249 BGB. von vornherein auf den Begriff eines aus Bruttolohn minus Abzüge zu bildenden Nettolohnes abzukommen. Vielmehr führt die richtige Betrachtung aus § 249 zunächst nur auf den Begriff des wirklichen Arbeitsverdienstes, des Arbeitsentgeltes, und damit auf den des Bruttolohnes. Die Abzüge, die vor dem Unfall bei der Auszahlung dieses Bruttolohnes tatsächlich gemacht worden sind, gleichviel welcher Art, kommen erst in zweiter Linie und nur unter dem Gesichtspunkt in Betracht, daß allerdings auch zu prüfen ist, ob die in diesen Abzügen liegende finanzielle Belastung des Arbeitnehmers nach dem Unfall für den Ersatzberechtigten (ganz oder teilweise) fortgefallen ist, und falls ja, ob der hieraus für den Ersatzberechtigten entspringende Vorteil mit dem Unfall in ursächlichem Zusammenhang (im Rechtssinne) steht oder nicht; trifft auch dies zu, so ist der Vorteil anzurechnen und mindert die Schadensersatzleistung,

andernfalls nicht. Prüft man die Frage der Berücksichtigung oder Nichtberücksichtigung von Abzügen unter diesem m. E. allein richtigen Gesichtspunkt, so ergibt sich ohne weiteres, daß Abzüge auf Sozialversicherung und Lohnsteuer niemals berücksichtigt werden dürfen, weil es sich bei ihnen um (nur in die Form von Lohnabzügen gekleidete) besondere Leistungen des Arbeitnehmers handelt, die auf besonderen Rechtsverhältnissen (Versicherungsverhältnis und Steuerpflicht) beruhen; daher hat der aus einer Verminderung oder auch einem gänzlichen Fortfall dieser Sonderleistungen für den Ersatzberechtigten entspringende Vorteil seine Wurzel und Ursache im Rechtssinne niemals in dem Unfall, sondern in dem besonderen Rechtsverhältnis; er ist daher niemals anrechnungsfähig, und auf die Frage, ob und eventuell in welchem Umfange ein solcher Vorteil im konkreten Falle tatsächlich entsteht, kommt gar nichts an.

Sollten gleichwohl noch Zweifel möglich sein, so ist m. E. schlechthin ausschlaggebend der von mir schon früher gezogene Vergleich mit einem anderen Unfallverletzten, der sein Arbeitseinkommen unverkürzt erhält und davon seinerseits Einkommensteuer sowie Prämien auf eine (gleichen Zwecken wie die Sozialversicherung dienende) freiwillige Versicherung zahlt. Soviel ich weiß, ist noch niemand auf den Gedanken gekommen, daß einem solchen Ersatzberechtigten bei (totalem oder teilweisem) Verlust seines Arbeitseinkommens entgegengehalten werden könne, er müsse sich eine etwaige Ersparnis an Steuerzahlungen oder Versicherungsprämien anrechnen lassen (was, nebenbei bemerkt, z. B. geradezu das Kunststück ermöglichen würde, die Schadensersatzleistung nur deshalb um einen bestimmten Betrag zu senken, weil damit eine niedrigere Steuerstufe erreicht und dasselbe an Steuer wieder eingespart werden würde). Das wäre verfehlt, weil sowohl Steuern wie Versicherungsprämien ihre Rechtswirkungen nur im Kreise der an diesen Rechtsverhältnissen Beteiligten (Versicherer, Steuerfiskus und pflichtiger Zahler) hervorbringen sollen und können, dagegen nicht im geringsten dazu bestimmt sind, daß aus diesen Leistungen des später durch einen Unfall Betroffenen der für die Folgen des Unfalls schadensersatzpflichtige Dritte einen Vorteil durch Erleichterung seiner rechtlich verdienten Last zieht. Die Erkenntnis, daß dies Rechtens ist, muß aber zu der weiteren führen, daß auch bei einem unfallverletzten Arbeitnehmer, der sozialversicherungs- und lohnsteuerpflichtig war, die Rechtslage unmöglich anders sein kann. Denn daß dem einen Unfallverletzten „abgezogen" wird, während der andere gezahlt bekommt und seinerseits wieder zahlt, ist ein rein formeller und technischer Unterschied, der an dem Wesen der Sache nichts ändern kann. Es ist eben durchaus verfehlt, von vornherein mit den Begriffen „Abzügen" und „Nettolohn" zu operieren; diese sind rein formaler Natur; nichts ist deshalb auf Schadensersatz anrechenbar, weil es „abgezogen" wird, sondern entscheidend ist allein das Wesen und die Zweckbestimmung der (gleichgültig, ob abgezogenen oder gezahlten) Leistung des Geschädigten und des Rechtsverhältnisses, aus dem diese Leistung entsprang. Eine Rechtsordnung, die auf dem Standpunkt stände, daß der mutmaßlich wirtschaftlich schwächere Arbeitnehmer, der lohnsteuer- und sozialversicherungspflichtig war, sich bei Unfallverletzung nachrechnen und zu jedem Pfennig auf den Schadensersatz anrechnen lassen müsse, was er oder auch seine Hinterbliebenen vielleicht an Lohnsteuer und Versicherungsbeiträgen gegenüber dem früheren Zustande ersparen, daß dagegen bei einem Unfall des mutmaßlich wirtschaftlich stärkeren Arbeitgebers, der nicht Lohn-, sondern Einkommensteuer bezahlt hat und nur freiwillig versichert war, der Ersatzanspruch an gleichartige Schranken nicht gebunden sei, eine solche Rechtsordnung würde weder auf Rechtslogik noch auch nur auf ein Mindestmaß an sozialem Verständnis Anspruch erheben können.

Ich bemerke noch, daß die Ausführungen Schüttensacks auch noch in mehreren Einzelpunkten zu Bedenken Anlaß geben dürften; z. B. dürfte die Auffassung, daß Renten und Abfindungen an Hinterbliebene aus § 844 BGB. grundsätzlich immer einkommensteuerfrei seien, schwerlich zutreffen. Hierauf näher einzugehen würde aber zu weit führen, interessiert auch nicht für die grundsätzliche Frage.

Endlich ist noch zu erwähnen, daß insoweit, als es sich um die Abzüge für Sozialversicherung handelt, inzwischen auch das OLG. Düsseldorf sich meiner Ansicht angeschlossen hat (JW. 1938, 2010[11]; vgl. auch schon 1166[17]). Man kann also wohl jetzt schon von einer „herrschenden Meinung" sprechen.

Berufsfragen

Dürfen wartende Rechtsanwälte sich im Sitzungssaal aufhalten, in welchem eine Ehesache verhandelt wird? Bedarf es eines die Anwesenheit zulassenden Beschlusses und seiner Protokollierung?

Fragen zur Nichtöffentlichkeit des Verfahrens in Ehesachen

A.

Von Gerichtsassessor Dr. Wolfgang Meyer, Berlin

Schon in der kurzen Zeit, die das neue Eherecht nunmehr Geltung hat, sind diese Fragen für die bei großen Landgerichten mit Ehesachen befaßten Kammern und Rechtsanwälte drängend geworden. Wo an einem Sitzungstage vor einer Kammer zehn und mehr Ehesachen anstehen, wo bisher ein ständiges Gehen und Kommen der Anwälte herrschte, dort würde es für alle Beteiligten eine empfindliche Erschwerung des Prozeßbetriebes bedeuten, wenn die Rechtsanwälte nicht im Sitzungssaal warten dürften, bis ihre Sache zur Verhandlung an der Reihe ist, oder wenn bezüglich eines jeden dieser wartenden Rechtsanwälte — jeder erscheint ja in einem anderen Zeitpunkt — es eines besonderen die Anwesenheit zulassenden Beschlusses und seiner Protokollierung bedürfte.

§ 30 VO. v. 27. Juli 1938 zur Durchführung und Ergänzung des Gesetzes zur Vereinheitlichung des Rechts der Eheschließung und der Ehescheidung im Lande Österreich und im übrigen Reich v. 6. Juli 1938 bestimmt: § 170 GVG. erhält folgende Fassung: Die Verhandlung in Ehesachen ist nichtöffentlich. Bisher war nach § 169 GVG. die Verhandlung vor dem erkennenden Gericht einschließlich der Verkündung der Urteile und Beschlüsse grundsätzlich öffentlich. Die §§ 170—172 GVG. enthielten zwar Ausnahmen, teils in der Form, daß das Gesetz selbst die Öffentlichkeit ausschloß (§ 171 Abs. 2 GVG.), teils so, daß das Gericht unter vom Gesetz genau bestimmten Voraussetzungen und Formen die Öffentlichkeit entweder auszuschließen hatte (§ 171 Abs. 1 1. Satzteil) oder ausschließen konnte (§ 172 GVG.). Eine gewisse Zwischenstellung nahm § 170 a. F. GVG. ein, der bestimmte, daß in Ehesachen die Öffentlichkeit auszuschließen ist, wenn eine der Parteien es beantragt.

Die Umständlichkeit des Verfahrens, bedingt durch die Notwendigkeit einer Verhandlung über die Ausschließung, eines Ausschließungsbeschlusses, seiner Verkündung und Protokollierung, einer Wiederherstellung der Öffentlichkeit durch zu fassenden, verkündenden und protokollierenden Beschluß, sowie das stets drohende Gespenst des absoluten Revisionsgrundes (§§ 550, 551 Ziff. 6 ZPO.), haben die Nichtöffentlichkeit zu einer wenig beliebten Verfahrensart werden lassen.

So kam es, daß in Ehesachen ein Antrag, der das Gericht nach § 170 a. F. GVG. zur Ausschließung der Öffentlichkeit genötigt hätte, nur in wenigen Fällen gestellt wurde (Fechner: JW. 1938, 2113).

Geschah dies doch einmal, so kam es bei den ohnedies notwendig werdenden Beschlüssen und Protokollierungen nicht darauf an, im Hinblick auf im Saale wartende Rechtsanwälte auch noch von der Möglichkeit des § 175 Abs. 2 GVG. Gebrauch zu machen. Nach dieser Bestimmung kann das Gericht zu nichtöffentlichen Verhandlungen einzelnen Personen den Zutritt gestatten, ohne daß es einer Anhörung der Beteiligten bedarf.

§ 175 Abs. 2 GVG. fand bisher auf alle Fälle nichtöffentlicher Verhandlungen Anwendung. Nachdem durch die Neufassung des § 170 GVG. neben § 171 Abs. 2 GVG. ein zweiter Fall der „Nichtöffentlichkeit kraft Gesetzes" gestellt worden ist, bestehen keine Bedenken, auch auf diesen den § 175 Abs. 2 GVG. zur Geltung kommen zu lassen. Das Gericht kann also bei der Verhandlung von Ehesachen einzelnen Personen, insbesondere wartenden Rechtsanwälten die Anwesenheit gestatten.

Dadurch, daß nach § 170 n. F. GVG. in Ehesachen die Öffentlichkeit „kraft Gesetzes" ausgeschlossen ist, bleibt dem Gericht die in den Fällen der §§ 171 Abs. 1, 172 GVG. über die Ausschließung erforderliche, für alle Beteiligten zeit- und kraftraubende Beschlußfassung, -verkündung und -protokollierung erspart. Dagegen bleibt ihm nach von berufener Stelle vertretener Auffassung die Beachtung der Vorschrift des § 173 GVG. nicht erspart, und zwar bei Vermeidung eines absoluten Revisionsgrundes (Fechner a. a. O.). Daß damit eine äußerst fühlbare Erschwerung im Prozeßbetrieb der Ehekammern gegeben ist, liegt auf der Hand.

Um so wichtiger ist die Frage, ob die Gestattung nach § 175 Abs. 2 GVG. ausdrücklich für jede zu verhandelnde Ehesache in bestimmter Form (Beschlußfassung, -verkündung und -protokollierung) zu geschehen hat oder ob sie stillschweigend erfolgen kann. Vorweg ist festzustellen, daß das Unterlassen einer — sich etwa als erforderlich erweisenden — Beschlußfassung keinesfalls die Revision nach den §§ 550, 551 Ziff. 6 ZPO. zu begründen vermag, da es sich bei § 175 Abs. 2 GVG. um eine „Kannvorschrift" handelt. § 550 ZPO. setzt aber stillschweigend voraus, daß es sich um einen — nicht oder nicht richtig angewandten — Rechtssatz handelt, den das Gericht anzuwenden verpflichtet war (Jonas, § 549 III B). Damit ist also zunächst einmal die beruhigende Gewißheit erlangt, daß Rechtsnachteile in keinem Falle drohen, mag unsere Frage im einen oder anderen Sinne zu beantworten sein. Wohl aber würde im ersten Falle zu der sich aus § 173 GVG. ergebenden Erschwerung des Prozeßbetriebes eine vielleicht noch größere hinzukommen, während im letzten Falle den Bedürfnissen der Praxis zweifellos am besten gedient sein würde. Die Anwälte würden in gleicher Weise wie bei öffentlichen Verhandlungen die Sitzungssäle der Ehekammern betreten können, ohne daß das Gericht davon in irgendeiner Weise berührt würde.

§ 175 Abs. 2 GVG. verdankt seine jetzige Fassung einem Reichsgesetz v. 5. April 1888 (RGBl. 133), durch das an die Stelle der Worte „von dem Vorsitzenden" die Worte „vom Gericht" gesetzt worden sind. Der Sinn dieser Änderung ist unschwer zu erkennen, wenn man sich vor Augen hält, welche Vorstellung die damalige Zeit mit der „Öffentlichkeit des Verfahrens" verband. Sie erblickte in ihr eine wesentliche Garantie für die Unabhängigkeit der Rechtsprechung. Nur deswegen haben die Schöpfer des GVG. und der ZPO. die Öffentlichkeit des Verfahrens mit so besonderen Sanktionen ausgestattet. Während es nach der alten Fassung des § 175 Abs. 2 GVG. im pflichtmäßigen Ermessen des Vorsitzenden stand, ob er jemand zu einer nichtöffentlichen Verhandlung den Zutritt gestatten sollte, wurde diese Frage durch die Neufassung in die Entscheidung des Gerichts gestellt. Diese Änderung — wie überhaupt das ganze Gesetz v. 5. April 1888 — läßt die besondere, gegen Ausgang des neunzehnten Jahrhunderts noch wachsende Bedeutung erkennen, die der Öffentlichkeit des Verfahrens beigemessen wurde.

Daß die Gestattung des Zutritts nach § 175 Abs. 2 a. F. GVG. eine rein prozeßleitende Maßnahme war, kann im Hinblick auf die systematische Stellung dieser Vorschrift und den zweiten Satz derselben nicht zweifelhaft sein. Daran hat sich aber auch durch die — durch das Gesetz v. 5. April 1888 erfolgte — Neufassung nichts geändert. Ein Wechsel ist lediglich in der Zuständigkeit für diese Maßnahme eingetreten. Es ist aber anerkannten Rechts, daß die Prozeßleitung — als die Anordnung dessen, was im Prozeß geschehen soll — meist stillschweigend erfolgt. Nur dann, wenn Streit oder Zweifel über die Zulässigkeit der Anordnung bestehen, bedarf es einer ausdrücklichen Entscheidung (Jonas a. a. O. I vor § 300). Wenn durch ihre Amtstracht als solche kenntliche Rechtsanwälte den Sitzungssaal einer Kammer betreten, vor der gerade eine nichtöffentliche Ehesache verhandelt wird, so wird aber ganz allgemein beim Gericht kein Zweifel bezüglich der Gestattung des Zutritts bestehen. Die Gestattung erfolgt stillschweigend.

B.

Von Rechtsanwalt Dr. Staege, Berlin

Den Ausführungen ist in vollem Umfange zuzustimmen. In der Praxis ist im allgemeinen die Anwesenheit der auf die Verhandlung der nächsten Sache wartenden Anwälte nach Ausschließung der Öffentlichkeit gemäß § 170 GVG. a. F., unter Umständen § 172 GVG., stillschweigend gutgeheißen worden. Mit dieser Gepflogenheit haben die meisten Vorsitzenden der mit Ehesachen befaßten Kammern seit der Neufassung des § 170 GVG. gebrochen. Sie begründen dies damit, daß die Nichtöffentlichkeit jetzt von Gesetzes wegen vorgeschrieben sei, während sie bei der früheren Regelung dem Antragsrecht der Parteien überlassen war bzw. gemäß § 172 angeordnet werden konnte.

Zutreffend weist Dr. Wolfgang Meyer darauf hin, daß das GVG. in der Vorschrift des § 171 Abs. 2 bereits eine der neuen Bestimmung des § 170 gleiche Vorschrift enthalten hat, also ein an sich neuer Gedanke nicht in das GVG. aufgenommen worden ist.

Als richtig muß auch anerkannt werden, daß es für die Frage der Anwesenheit von Anwälten in nichtöffentlichen Sitzungen keinen Unterschied machen kann, ob die Nichtöffentlichkeit auf Antrag der Parteien oder auf Grund der Anwendung einer Kannvorschrift durch das Gericht oder auf Grund einer von vornherein vom Gesetz bindend vorgeschriebenen Nichtöffentlichkeit herbeigeführt wird. Für den Sinn und Zweck der Nichtöffentlichkeit ist dies gleichgültig. Wenn man sich auf den Standpunkt stellt, daß die auf Antrag einer Partei herbeigeführte Nichtöffentlichkeit gewissermaßen eine minderwichtige Nichtöffentlichkeit sei als die vom Gesetz von vornherein vorgeschriebene, so wird der Sinn der Nichtöffentlichkeit verkannt.

Konnte aber entsprechend der bisherigen Gepflogenheit bei einer auf Antrag herbeigeführten Nichtöffentlichkeit der Verhandlung in Ehesachen die Anwesenheit der auf die nächste Sache wartenden Anwälte stillschweigend gestattet werden, so kann dies ohne Bedenken auch bei der jetzt gesetzlich erzwungenen Nichtöffentlichkeit der Fall sein, weil es eben nicht zweierlei Nichtöffentlichkeit geben kann.

Im übrigen scheint mir der Grund für die bisherige Praxis, bei Ausschluß der Öffentlichkeit die auf die nächste Sache wartenden Anwälte im Verhandlungszimmer zu belassen, wohl nicht in der verschieden zu bewertenden Art der Nichtöffentlichkeit gelegen zu haben, sondern in der Tatsache, daß die Nichtöffentlichkeit und damit die Geheimhaltung der verhandelten Sachen selbstverständlich auch gewahrt blieb, wenn andere Anwälte im Verhandlungszimmer waren, denn der Rechtsanwalt ist Organ der Rechtspflege und nicht Öffentlichkeit im Sinne der Vorschriften des GVG. Es besteht nach meiner Auffassung für ihn ohne weiteres eine Verschwiegenheitsverpflichtung für Dinge, die er in nichtöffentlicher Sitzung, wenn auch nur zufällig, mitanhört, sofern ihm seine Anwesenheit stillschweigend gestattet ist.

Der Parteiverrat in der Rechtsprechung des Ehrengerichtshofs*)

Von Rechtsanwalt Dr. Anton Roesen II, Düsseldorf

§ 32 Nr. 2 RAO. n. F. = § 31 Nr. 2 RAO. a. F. lautet: „Der Rechtsanwalt hat seine Berufstätigkeit zu versagen, wenn sie von ihm in derselben Rechtssache bereits einer anderen Partei im entgegengesetzten Interesse gewährt ist."

Der EGH. legt die Begriffe „Rechtssache" und „dieselbe Rechtssache" im wesentlichen ebenso aus wie das RG. die entsprechenden Tatbestandsmerkmale des § 356 StGB., der den Parteiverrat strafrechtlich erfaßt. Zum Begriff der Rechtssache „genügt jede Rechtsangelegenheit, in der sich mehrere Parteien mit widerstreitenden Interessen gegenüberstehen"[1]). Das deckt sich fast wörtlich mit der Begriffsbestimmung des RG., die „alle Rechtsangelegenheiten" einbezieht, „bei welchen zwei ein entgegengesetztes Interesse verfolgende Parteien vorkommen können"[2]). Partei ist hierbei „jede an der Sache beteiligte Person mit widerstreitenden Interessen, mag sie Prozeßgegner sein oder nicht"[3]). Als Interessen sind nicht bloß Geldinteressen, sondern auch Interessen in Strafsachen zu verstehen, die keinen Vermögenswert haben[4]). Wie bei dem allgemeinen Begriff der Rechtssache, besteht auch bei dem besonderen derselben Rechtssache übereinstimmung zwischen EGH. und RG. Der EGH. faßt den Begriff derselben Rechtssache bewußt weit. „Unter diesen Begriff fällt ... nicht nur der eigentliche Streitstoff, sondern die Gesamtheit der dabei in Frage kommenden Tatsachen und Interessen"[5]). Folgerichtig sieht sich der EGH. vor dem Problem, „ob die Annahme ‚derselben Rechtssache' schon dann gerechtfertigt ist, wenn in verschiedenartigen Prozessen auf einen und denselben historischen Vorgang und seine Rechtsfolgen zurückgegangen wird und zurückgegangen werden muß"[6]). Diese Problematik führte leicht ins Uferlose, wenn nicht ein Damm bestünde, der vom EGH. wie vom RG. anerkannt wird. Das ist die Begrenzbarkeit des Umfangs der einzelnen Rechtssache durch den Willen des Auftraggebers. „Der Kreis der dem Anwalt durch den Auftrag anvertrauten Rechtsinteressen des Auftraggebers" — so das RG.[7]) — ist nichts anderes als „die ganze den Gegenstand der anwaltlichen Inanspruchnahme bildende Angelegenheit in materieller Beziehung" — so der EGH.[8]). Wann und wie eine solche ausdrückliche oder stillschweigende Begrenzung anzunehmen ist, ist Tatfrage des einzelnen Falles. Das RG. hat es für statthaft erklärt, daß ein Anwalt mehrere Parteien, die untereinander widerstreitende Interessen haben, im gemeinsamen Interesse gegen einen Dritten vertritt und sich dabei unter Billigung seiner Auftraggeber seine Stellung zu deren Streitigkeiten untereinander vorbehält[9]). Der EGH. hat in einem ähnlichen Fall, in dem der Hauptgläubiger D. seinen Schuldner W. bei zunächst gleichgerichteten Interessen wegen eines Moratoriums an seinen Anwalt verwiesen hatte und dieser bei einem späteren Interessenwiderstreit D. gegen W. Beistand leistete, eine ähnliche stillschweigende Begrenzung des Umfangs der von W. anvertrauten Rechtssache angenommen: „Bei dieser besonderen Sachlage wurde eine Treupflicht dem W. gegenüber nur unter Aufrechterhaltung der gegenüber D. begründeten geschaffen, und sie sollte im Verhältnis des Angeklagten zu D. nur insolange Wirkung äußern, als die beiderseitigen Interessen gleichlaufend waren"[10]). Zwar hat es der EGH. neuerdings offen gelassen, ob an dieser Entscheidung festzuhalten sei (übrigens vor dem erwähnten Urteil des RG.)[11]), so viel bleibt indessen richtig, daß bei der Prüfung, ob und wie der Umfang der anvertrauten Rechtssache begrenzt worden ist, die Frage, wie weit sich nach dem Willen des Auftraggebers die anwaltliche Treupflicht erstrecken sollte, den Maßstab bildet. Denn der Gedanke, daß der Anwalt seiner Partei zur Treue verpflichtet ist, ist Grund und Sinn der Vorschrift überhaupt, und es wäre sinnwidrig, den Begriff der einzelnen Rechtssache weiter auszudehnen, als es der von dem Auftraggeber gewollten Treupflicht entspricht.

§ 32 Nr. 2 RAO. bezieht sich nur auf die „Berufstätigkeit" des Anwalts. Der Anwalt, der von der einen Partei außerhalb seines Berufes in Anspruch genommen worden ist, mag in derselben Rechtssache im entgegengesetzten Interesse der anderen seine Berufstätigkeit gewähren (so weit nicht die am Schluß erörterten Bedenken aus § 32 Nr. 1 oder § 31 a. a. O. auftauchen). Denkbar ist z. B., daß ein Anwalt außerhalb seines Berufes zu vermitteln versucht hat, und ist dem so, dann darf er, ohne gegen § 32 Nr. 2 RAO. zu verstoßen, bei Fortsetzung des Streites die eine oder die andere Partei gegeneinander vertreten[12]). In einem weiteren Fall war der Anwalt, unter Ablehnung eines Mandates, als Parteigenosse tätig gewesen, um eine parteiwichtige Angelegenheit zu bereinigen, und als dies mißglückte, konnte er in derselben Rechtssache unbeanstandet den Gegner vertreten[13]). Gleichgültig ist es dagegen, aus welchem Beweggrund die Berufstätigkeit verlangt oder geleistet wird. Namentlich ist die Frage der Vergütung unerheblich. „Auch der befreundete Rechtsanwalt wird deswegen um seinen Beistand gebeten, weil er eben Rechtskundiger und Rechtsanwalt ist"[14]). „Belanglos ist auch, ob er eine Vergütung beansprucht hat oder nicht und ob er etwa aus Gefälligkeit gehandelt hat, denn auch dann hat er eine Berufstätigkeit ausgeübt"[15]). (Ebenso das RG.[16]).) Ob die Berufstätigkeit bloß versehentlich geleistet wurde, spielt gleichfalls keine Rolle. Einem Anwalt, dem das Mandat für den Beklagten übertragen ist und der versehentlich für den Kläger Versäumnisurteil erwirkt und Kostenfestsetzung betreibt, ist es darum verwehrt, sich bei Aufdeckung des Irrtums für den Beklagten zu bestellen[17]). Zur Berufstätigkeit des Anwalts gehört auch die Amtsführung als Liquidator oder Konkursverwalter. Deshalb muß der Liquidator einer GmbH. sein Amt niederlegen, wenn ein früher von ihm zwecks Abfindung gegen die GmbH. vertretener Gesellschafter diese auf Rückerstattung der Einlage verklagt[18]). Wer eine Partei bei Sicherungsverträgen beraten hatte und nunmehr Verwalter im Konkurs des anderen Vertragsteiles wird, darf nicht in dieser Eigenschaft die Verträge anfechten; der einzige Ausweg aus einem Pflichtenwiderstreit ist auch hier der Verzicht auf das Amt[19]). Die Tätigkeit eines Sozius[20]), eines juristischen Hilfsarbeiters[21]), des Bürovorstehers[22]) gilt als eigene des Anwalts. Nach dem Wortlaut des § 32 Nr. 2 RAO. und des § 356 StGB. wäre ein Zwiespalt möglich, der dazu führen könnte, daß ein Anwalt aus § 356 StGB. verurteilt und aus § 32 Nr. 2 RAO. freigesprochen werden müßte. Nach dem Wortlaut von § 356 StGB. ist es nämlich nur Voraussetzung, daß der Anwalt von der einen Partei „in amtlicher Eigenschaft" beauftragt worden ist, der Anwalt wird dagegen schlechthin bestraft, wenn er darauf in derselben Rechtssache der anderen Partei im entgegengesetzten Interesse „durch Rat oder Beistand dient"; daß nur ein Dienst innerhalb der Berufstätigkeit strafbar ist, besagt der Wortlaut nicht. Nach dem Wortlaut des § 32 Nr. 2 RAO. ist dessen Tatbestand bloß

*) Vgl. „Der Parteiverrat in der Rechtsprechung des Reichsgerichts": JW. 1938, 649 ff.

[1]) EGH. 31, 140.
[2]) RGSt. 23, 64 f.
[3]) EGH. 25, 154.
[4]) EGH. 16, 195.
[5]) EGH. 29, 218.
[6]) EGH. 26, 102.
[7]) RGSt. 60, 299.
[8]) EGH. 18, 147.
[9]) RGSt. 71, 234 f. = JW. 1937, 2961[4] (Berichtigung JW. 1938, 80).
[10]) EGH. 21, 187.
[11]) EGH. 30, 180.
[12]) EGH. 27, 155.
[13]) EGH. 30, 141 f.
[14]) EGH. 22, 176.
[15]) EGH. 24, 31.
[16]) RGSt. 62, 292 f.
[17]) EGH. 29, 87.
[18]) EGH. 15, 127 ff.
[19]) EGH. 29, 117.
[20]) EGH. 27, 158.
[21]) EGH. 28, 229.
[22]) EGH. 26, 232.

erfüllt, wenn der Anwalt nicht nur von der einen Partei als solcher in Anspruch genommen war, sondern wenn er auch der anderen seine Berufstätigkeit geleistet hat. Das RG. hat jetzt die Möglichkeit des Zwiespalts beseitigt: das Dienen durch Rat oder Beistand ist strafrechtlich nur erheblich, wenn es innerhalb der Berufstätigkeit geschieht[23]).

Bei der Frage, ob die Berufstätigkeit „im entgegengesetzten Interesse" geleistet wird, ist nicht von dem Standpunkt des Anwalts, sondern von dem Parteistandpunkt auszugehen. „Rechtsgrundsätzlich kommt es ... darauf an, ob die Auftraggeber" die Interessen „für entgegengesetzt hielten, und, mit ihren Augen betrachtet, ein Widerstreit der verschiedenen Interessen anzunehmen ist"[24]). Daher greift auch eine Verteidigung fehl, die geltend macht, die beiden Parteien seien in derselben Richtung beraten worden. „Denn nicht darauf kommt es an, ob die Rechtsbelehrungen, die verschiedenen Parteien erteilt werden, im Einklang stehen, sondern das Gesetz will verhüten, daß der Rechtsanwalt verschiedenen Parteien, die in der gleichen Rechtssache entgegengesetzten Zielen zustreben, überhaupt nacheinander seinen Beistand gewährt"[25]). Allerdings ist für den Tatbestand des § 32 Nr. 2 RAO. nur ein entgegengesetztes Rechtsinteresse erheblich. Darum nahm der Anwalt, der A. gegen die Anklage eines gemeinschaftlichen Versicherungsbetruges mit B. verteidigt hatte, kein entgegengesetztes Interesse wahr, als er später B. verteidigte, nachdem aus A. ein Belastungszeuge gegen B. geworden und Anklage gegen B. wegen Meineids und Betrugs erhoben war, mochte er auch bei der zweiten Verteidigung genötigt sein, die Person A.s ebenso scharf anzugreifen, wie er sie vorher als glaubwürdig bezeichnet hatte; freilich erweckte der Anwalt den am Schluß zu besprechenden Anschein, widerstreitende Interessen zu vertreten[26]). Schon ein geringes Maß an anwaltlicher Hilfe kann eine Berufstätigkeit im entgegengesetzten Interesse sein. „Da der Angeklagte wußte, daß sein Referendar in seinem Namen für die Firma P. gegen den H. die Erlassung eines Zahlungsbefehls beantragt hatte, durfte er für diesen in dem fraglichen Prozesse überhaupt nichts tun, er durfte weder eine Instruktion aufnehmen noch sich eine Prozeßvollmacht ausstellen lassen, noch diese auf den Namen M. umändern, noch seine Handakten dem Rechtsanwalt M. mit Instruktion und Vollmacht übersenden"[27]). Wörtlich genommen, würde es demnach auch verboten sein, daß ein Anwalt, dem gleichzeitig beide Mandate angetragen werden, einen dieser Aufträge mit Wissen und Willen des Auftraggebers an einen von ihm ausgesuchten Berufsgenossen weiterleitet. Aber eine derart strenge und ausdehnende, mit einer verbreiteten Anwaltssitte und einem offenbaren Bedürfnis der Rechtsuchenden unvereinbare Auslegung schösse über das Ziel hinaus. Ohne Bedeutung ist hier wie sonst das Einverständnis der Parteien. Insbesondere erlaubt das Einverständnis der erstvertretenen Partei nicht die Berufstätigkeit im entgegengesetzten Interesse für die zweite. Die Treupflicht des Anwalts wird durch den Willen des Auftraggebers begründet und kann, in der Begrenzung des Umfangs der anvertrauten Rechtssache, durch diesen Willen auch begrenzt werden, einmal geschaffen und bestimmt, ist sie indessen von dem Willen der Parteien nicht mehr zu lösen. Es steht „nicht in der Verfügung der Parteien, den Rechtsanwalt von der Erfüllung der ihm durch § 31 Nr. 2 RAO. auferlegten Pflicht zu befreien. Diese Vorschrift ist im öffentlichen Interesse zur Wahrung der Reinheit des Anwaltsstandes erlassen"[28]). Die bei dieser Gelegenheit geäußerte Meinung des EGH., das Einverständnis der erstvertretenen Partei befreie von dem Vorwurf der strafbaren Handlung des § 356 StGB., ist nach der neuesten Rechtsprechung des RG. nicht mehr aufrechtzuerhalten[29]): auch in diesem Punkte begegnen sich heute der Straf- und der Ehrenrichter.

Wesentliche Unterschiede in der Anwendung des § 32 Nr. 2 RAO. und des § 356 StGB. zeigen sich bei dem subjektiven Tatbestand. § 356 StGB. erfaßt nur eine vorsätzliche Handlung, § 32 Nr. 2 RAO. auch die fahrlässige. Auf der anderen Seite ist der subjektive Rahmen des § 32 Nr. 2 RAO. enger. Denn der Rechtsirrtum über Tatbestandsmerkmale schließt unter ehrengerichtlichen Gesichtspunkten den Vorsatz immer aus, auch dann, wenn er ein Standesrechtsirrtum ist, während nach der Rechtsprechung des RG. der strafrechtliche Irrtum nicht entschuldigt. Das ist für den Begriff derselben Rechtssache mit den Worten ausgeführt: „In subjektiver Beziehung ist zunächst festzustellen, daß das Ehrengericht in seinen Gründen zweifellos nicht hat zum Ausdruck bringen wollen, daß hier ein vorsätzlicher Parteiverrat vorliege ... Bei pflichtgemäßer sorgfältiger Prüfung unter Berücksichtigung der Rechtsprechung hätte der Angeklagte aber erkennen müssen, daß es sich hier um dieselbe Rechtssache handelte"[30]). Das RG. würde dagegen wegen vorsätzlichen Vergehens nach § 356 StGB. bestrafen, falls der Anwalt die Tatsachen kannte, die den Begriff derselben Rechtssache erfüllen, auch wenn er über den Widerstreit der Interessen, sogar ohne Fahrlässigkeit, geirrt hätte und infolgedessen glaubte und sogar glauben konnte, nicht pflichtwidrig zu handeln. (Zwar kann nach der Rechtsprechung des RG. ein Irrtum über die Pflichtwidrigkeit, weil dem Gebiet der RAO. angehörig, ein außerstrafrechtlicher sein, jedoch bloß dann, wenn er nicht mit einem Irrtum über ein anderes Tatbestandsmerkmal des § 356 StGB., etwa den Begriff der Rechtssache, zusammenfällt.)[31]) Das Ergebnis ist bedauerlich: ein standesrechtlich unbescholtener, auch nicht fahrlässiger Anwalt kann wegen Parteiverrats nach § 356 StGB. strafrichterlich verurteilt werden! Freilich werden Fälle, in denen bei einer Strafbarkeit nach § 356 StGB. nicht mindestens eine fahrlässige Verletzung des § 32 Nr. 2 RAO. gegeben ist, angesichts der Gleichheit des objektiven Tatbestandes beider Vorschriften in der jeweiligen höchstrichterlichen Rechtsprechung und der Strenge der Anforderungen, die der EGH. an die Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit des Anwalts stellt, nicht häufig sein. Der EGH. verlangt, daß der Anwalt in Zweifelsfällen die Rechtslage prüft[32]). Er läßt Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgründe kaum gelten. Wer Klage auf Schadensersatz wegen eines Verkehrsunfalles gegen den Fahrer erhoben hat, darf die trotzdem übernommene Verteidigung im Strafverfahren auch dann nicht beibehalten, wenn der Fahrer sonst ohne Verteidigung bliebe[33]). Wer von seiner früheren Partei auf Rückgriff in Anspruch genommen wird, darf der Gegenpartei als Nebenintervenient beitreten, aber nicht deren Prozeßbevollmächtigter werden[34]). Wer in derselben Rechtssache im Auftrag des Gegners eine Strafanzeige gegen die erste Partei erstattet, kann sich nicht darauf berufen, daß Dienst am Recht den Pflichten gegen den Mandanten vorangehen müsse: der Dienst am Recht ist unbeschadet des § 32 Nr. 2 RAO. zu leisten[35]).

Neben der Pflicht des § 32 Nr. 2 RAO. besteht die der Nr. 1: „Der Rechtsanwalt hat seine Berufstätigkeit zu versagen, wenn sie für eine pflichtwidrige Handlung in Anspruch genommen wird" und die allgemeine des § 31: „Der Rechtsanwalt hat seinen Beruf getreu seinem Eide gewissenhaft auszuüben" (früher § 31 Nr. 1 und § 28). Diese Vorschriften können eine Handlung verbieten, die nicht unter § 32 Nr. 2 einzuordnen ist, aber an den Parteiverrat grenzt oder ihm ähnlich ist. Der Anwalt muß namentlich auch den Anschein der Vertretung widerstreitender Interessen in derselben Rechtssache vermeiden[36]). Er darf in einer anderen Rechtssache eine Vertretung nicht führen, wenn er dabei zum Nachteil seines früheren Auftraggebers dieselben Einwendungen entgegengesetzt würdigt[37]). Er darf nicht einmal in Rechtssachen, die miteinander und in der Rechtslage nichts gemein haben, fortgesetzt und gleichzeitig bald für, bald gegen dieselbe Partei auftreten[38]).

---

23) RG.: JW. 1937, 3304.
24) EGH. 16, 194.
25) EGH. 28, 230.
26) EGH. 30, 100 ff.
27) EGH. 21, 84.
28) EGH. 29, 87.
29) RGSt. 71, 253 f. = JW. 1937, 2396[65].
30) EGH. 28, 187.
31) RGSt. 58, 250.
32) EGH. 26, 178.
33) EGH. 25, 155.
34) EGH. 27, 149.
35) EGH. 29, 229.
36) EGH. 27, 123 f.
37) EGH. 30, 167.
38) EGH. 17, 45.

Schrifttum

RA. Dr. Dahm, Düsseldorf: Mietrechts-Kartei. 1. Bd.: Materialien, 2. Bd.: Mietrechts-Entscheidungen. Düsseldorf 1938. Stern-Verlag M. Janssen. Bd. 1 164 S., Bd. 2 etwa 750 S. Preis Monatslieferungen Januar—August je 1,75 *RM* = 14 *RM*; Grundwerk 6 *RM*, jede weitere Lieferung 1,75 *RM*.

Die Mietrechtskartei ist in zwei Teile gegliedert, die Materialien und die Mietrechts-Entscheidungen, denen die beiden Bände entsprechen. Der erste Band zerfällt wieder in die Rechtsnormen und das Schrifttum. Er enthält in seinem ersten Teil alle zur Zeit gültigen Gesetze, Verordnungen und viele Erlasse, die das Mietrecht betreffen. Im zweiten Teil wird das Schrifttum seit 1936 aufgeführt, und zwar Zeitschriftenaufsätze und Bücher getrennt. Der erste Teil ist in fünf Abschnitte gegliedert, die die Vorschriften des Mietrechts des Reichs, seines Mietnotrechts, der Preisüberwachung und Preisbildung, einschließlich der Berliner MietsenkungsVO., die Vollstreckungsbestimmungen und die mietrechtlichen Bestimmungen der Länder Preußen, Bayern, Saarland und Sachsen enthalten. Im allgemeinen ist angegeben, wo die Vorschriften veröffentlicht sind. Bei gleichfalls mitgeteilten, für die Praxis oft recht wertvollen amtlichen Begründungen (I 21, II 2) fehlt leider diese Angabe, ebenso bei dem grundlegenden Runderlaß des Preiskommissars 184/37 (III 12). Die Vorschriften greifen häufig ineinander, wo die Vorschrift des einen Abschnitts durch eine spätere Vorschrift desselben Abschnitts oder eine in einem anderen Abschnitt untergebrachte Vorschrift berührt wird, z. B. § 8 ZPO. durch § 10 GKG. (I 8 und 14) und § 1 PrAusfVO. zum MietSchG. durch § 1 VO. v. 4. Dez. 1937 (V A 4 und II 47). In diesen Fällen wäre eine Verweisung recht erwünscht.

Die Entscheidungssammlung bringt Entscheidungen der ordentlichen Gerichte und anderer Stellen seit 1936, einige frühere besonders bemerkenswerte Entscheidungen sind gleichfalls berücksichtigt. Die Entscheidungen sind in ihrem wesentlichen Wortlaut mitgeteilt, auch ist ihre Fundstelle angegeben; einige Entscheidungen sind bisher anscheinend anderweit noch nicht veröffentlicht. Hierbei ist der Begriff des Mietrechts in einem den Bedürfnissen der Praxis entsprechenden weitem Umfang aufgefaßt, verfahrens-, straf- und steuerrechtliche Fragen sind berücksichtigt. Die Entscheidungen sind in 22 Gruppen gegliedert. Diese Gliederung reicht aber noch nicht aus. Dies zeigt sich am deutlichsten beim Abschnitt XIX: Räumungsfristen — Zwangsvollstreckung — Vollstreckungsschutz. Dieser Abschnitt enthält 67 Entscheidungen des Grundwerks, bei denen weder eine stoffliche noch eine andere Gliederung ersichtlich ist. So sind z. B. Entscheidungen über die Kosten der Zwangsräumung unter Nr. 13, 30, 39 und 67 verstreut. Zwischen Entscheidungen, die den Vollstreckungsschutz des Mieters betreffen, finden sich die Nr. 5 und 25 über den Vollstreckungsschutz des Vermieters bei der Pfändung von Mietzinsforderungen. Ähnlich wäre in Abschnitt VIII: Kündigung des Mietvertrages mit 47 Entscheidungen eine Untergliederung erwünscht, mindestens in Kündigung des Vermieters und Kündigung des Mieters.

Die Kartei wird durch monatliche Lieferungen ergänzt. Sie enthält einen außerordentlich umfangreichen Inhalt, der mit großer Sorgfalt und Umsicht zusammengetragen ist; die JW. ist dabei weitgehend berücksichtigt. Die Kartei soll am Schlusse des Jahres ein ausführliches Sachverzeichnis erhalten, das unter Stichworten die einschlägigen Stellen beider Bände angibt.

Die umfangreiche, in stetigem Fluß befindliche mietrechtliche Gesetzgebung und die zahlreiche zu ihr ergangene Rechtsprechung begründen es, daß eine derartige Kartei einem dringenden Bedürfnis entspricht. Nach dem jetzigen Stand wird das Werk den Bedürfnissen der Praxis in reichem Maße gerecht. Es ist jedem, der mit Mietrechtsfragen zu tun hat, eine recht willkommene Hilfe. Ob die Kartei dies bleiben wird, hängt von der schnellen Mitteilung neu erlassener Vorschriften und grundlegender Entscheidungen ab. Von besonderer Bedeutung wird das in Aussicht gestellte Sachverzeichnis sein, da es zur Erleichterung der Benutzung der Kartei dringend notwendig erscheint. Die bisherige umsichtige und sorgfältige Bearbeitung der Sammlung berechtigen zu der Erwartung, daß das Werk durch das Sachverzeichnis zu einem unentbehrlichen Führer durch das Mietrecht ausgestaltet wird.

KGR. Dahmann, Berlin.

KGR. Dr. Hans Müller: Elterliche Gewalt und Vormundschaft. (Schriften der Akademie für Deutsches Recht, Gruppe Personen-, Familien- und Erbrecht, Nr. 3.) Stuttgart 1938. Verlag W. Kohlhammer. 68 S. Preis brosch. 3,90 *RM*.

Die Erkenntnis, daß die Kinder der kostbarste Schatz der Volksgemeinschaft sind, weil von ihnen die Zukunft des Volkes abhängt, ist oberster Leitsatz für das Recht der elterlichen Gewalt und der Vormundschaft. Die Sorge für die heranwachsende Jugend und deren Schutz ist deshalb Sache der Volksgemeinschaft. Die Träger der Schutzgewalt über die Kinder, die Eltern und Vormünder, üben nur ein Amt im Auftrage der Volksgemeinschaft und für die Volksgemeinschaft aus. Das Amt verpflichtet: Die Schutzgewalt ist nicht der Eltern und Vormünder wegen geschaffen, die Rechte über die Kinder können nicht aus individualistischem Denken verstanden und erklärt werden, die Schutzgewalt ist vielmehr eine Schutzpflicht, und die Volksgemeinschaft muß das Recht in Anspruch nehmen, die Erfüllung dieser Schutzpflicht zu überwachen. Der Gedanke der Schutzpflicht ist bestimmend für den Inhalt der elterlichen Gewalt und der Vormundschaft. Dem Elternhaus liegt die Aufgabe ob, die Jugend körperlich, geistig und sittlich im Geiste des Nationalsozialismus zum Dienst am Volke und an der Volksgemeinschaft zu erziehen; in gleichem Maße und in gleichem Umfang der Verantwortlichkeit trifft auch den Vormund die Pflicht, sein Mündel in diesem Sinne zu erziehen und es zu einem brauchbaren Glied der Volksgemeinschaft heranzubilden. Das Wohl des Kindes und die Forderungen der Volksgemeinschaft, die an die Jugend gestellt werden, bestimmen Sinn und Gehalt der Rechtsregeln der Schutzgewalt.

Von diesen Leitgedanken ausgehend, untersucht der Verf., inwieweit die Vorschriften des BGB. über elterliche Gewalt und Vormundschaft mit den Grundsätzen des Nationalsozialismus und den Forderungen, die sich aus den Leitgedanken ergeben, übereinstimmen. Er kommt zu der grundsätzlichen Feststellung, daß eine Reihe von Bestimmungen des geltenden Rechts über die elterliche Gewalt dem nationalsozialistischen Denken nicht mehr genügen und abänderungsbedürftig sind, daß dagegen die Regelung des Vormundschaftsrechts im BGB. sich bewährt hat und nur in wenigen Bestimmungen Abänderungen wünschenswert erscheinen läßt. Jede einzelne Bestimmung des BGB. aus diesem Rechtsgebiet unterzieht der Verf. einer kritischen Untersuchung, der er Abänderungsvorschläge anfügt. In zwei Anlagen gibt er eine Zusammenstellung aller derjenigen Leitsätze, die nach dem Ergebnis der Untersuchung für die Neuordnung des Rechtsgebiets erforderlich und zweckmäßig erscheinen. Die Familienrechtsnovelle und das Ehegesetz haben bereits einen Teil der Vorschläge des Verf. verwirklicht. In der Schrift selbst konnte diese Tatsache selbst nicht mehr berücksichtigt werden, da sie bereits im November 1937 fertiggestellt war.

RA. und Notar Dr. Roquette, Königsberg i. Pr.

Dr. Karl Wegler, RA. in Nürnberg, und Dr. Johannes Leopold, AGR. in Leipzig: Der Testamentsvollstrecker, Rechte und Pflichten des Testamentsvollstreckers. Berlin 1938. Verlag Walter de Gruyter & Co. IX, 59 S. Preis brosch. 2 *RM*.

Die Schrift soll nach dem Vorwort eine systematische Darstellung des Testamentsvollstreckerrechtes für den praktischen Gebrauch sein. Sie erfüllt diesen Zweck hervorragend. Sie ermöglicht nicht nur einen raschen Überblick über das gesamte Rechtsgebiet der Testamentsvollstreckung, sie ist auch gründlich und läßt, unter Heranziehung auch des einschlägigen Devisen- und Steuerrechts, keine den Praktiker berührende Frage außer Betracht.

RA. Dr. Roth, Berlin.

Georg Langer, LGDir. i. R., Breslau: Rechts- und Merkbuch für die Krankenhausforderungen. Berlin 1938. Verlag Julius Springer. IV, 214 S. Preis geb. 8,60 *RM*, brosch. 7,80 *RM*.

Das Werk behandelt eine wichtige und schwierige Spezialmaterie in ausführlicher und ausgezeichneter Weise und wird daher nicht nur von den unmittelbar interessierten Kreisen, sondern auch von jedem Rechtswahrer, der sich mit diesem Gebiet befassen muß, als wertvolles Hilfsmittel begrüßt werden. Selbst dem nicht unmittelbar fachlich Interessierten wird das Buch manche allgemein wertvollen Kenntnisse und Anregungen vermitteln. Der Syndikatscharakter des Werkes tritt merklich

störend nicht hervor. An Einzelheiten mag folgendes bemerkt werden. Der auf S. 16 zitierte § 360 Ziff. 10 StGB. ist seit dem Gesetz v. 28. Juni 1935 (RGBl. I, 839) durch den neuen § 330c ersetzt worden. Bei der Rechtsnatur des Krankenhaus-Aufnahmevertrages (S. 18) wird die einheitliche Natur dieses Vertrages gegenüber seinen einzelnen rechtlichen Auswirkungen besonders betont werden müssen (s. meine Anm. zu RG. vom 30. Juni 1936: JW. 1936, 3182[6]). Die „Arbeitnehmereigenschaft" der Krankenhausärzte (S. 20, 117) scheint mir gegenüber ihrer grundsätzlich absoluten Selbständigkeit, die sie in der Ausübung ihrer ärztlichen Tätigkeit genießen müssen, etwas zu sehr betont. Die Haftungsfragen sind an Hand der neuesten Rechtsprechung gut und richtig dargestellt. Bei der Erörterung der Verjährung der Krankenhausforderungen (S. 46, 47) könnte vielleicht zur Verhütung von Mißverständnissen (bei Nichtrechtskundigen) hervorgehoben werden, daß bei der Hemmung der Verjährung der evtl. Vorteil der Verlängerung der Verjährungsfrist um ein ganzes Jahr nur dann eintreten kann, wenn Entstehung des Anspruchs und Stundung zeitlich genau zusammenfallen. Andernfalls schließt gemäß § 205 BGB. die Hemmung stets nur den Stundungszeitraum aus der Verjährungsfrist aus. Erfreulich ist die scharfe Betonung der Schweigepflicht (S. 51). Die Konstruktionen über die Ansprüche des Krankenhauses aus ungerechtfertigter Bereicherung (S. 104 ff.) mögen teilweise etwas kühn erscheinen, sind m. E. aber rechtlich richtig und einwandfrei. Oft wird man hier aber auch schon stillschweigende Vertragsschlüsse nach Treu und Glauben annehmen können. Interessant ist die Feststellung S. 144 Nr. 16. Dem auf S. 150 vertretenen Standpunkt betr. Sparsamkeit in der ärztlichen Therapie wird man wohl nur mit der wesentlichen Einschränkung zustimmen können, daß das Wohl des Kranken unbedingt allen anderen Rücksichten vorzugehen hat, daß hierfür die Mittel auf jeden Fall beschafft werden müssen, und daß etwas Billigeres nur dann verwendet werden darf, wenn es zweifellos vom ärztlichen Standpunkt aus genau so viel leistet wie das teuere Mittel (so richtig S. 41). Am besten wäre es wohl, wenn die Kranken- und Heilanstalten in Zukunft jedes privatwirtschaftlichen, auf Verdienst angewiesenen Charakters entkleidet und nur in der Form gemeinnütziger Unternehmungen betrieben würden. Es ist keine Schande, sondern entspricht seiner Natur, wenn ein Krankenhaus ein Zuschußbetrieb ist.

AGR. Dr. Kallfelz, Cottbus.

Dr. Fritz Kiefersauer, Grundstückverkehrsrecht. Textausgabe mit Einleitung und Sachverzeichnis (Schweitzers blaue Textausgaben). München und Berlin 1938. J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier). 246 S. Preis geb. 4,60 *RM.*

Eine klare und übersichtliche Zusammenstellung der den Grundstücksverkehr betreffenden Bestimmungen ist angesichts der Vielfältigkeit der Gesetze und Verordnungen für den Praktiker ein dringendes Bedürfnis. Diesem trägt Kiefersauer, der bekannte Fachmann auf dem Gebiete des Mietrechts, mit dem vorliegenden Büchlein Rechnung. Einem umfangreichen Abschnitt über Preisbildung und Preisüberwachung bei Grundstücken, in welchem die Grundlagen dieses Rechtsgebiets und deren Ausführung durch Verordnungen und Runderlasse dargestellt werden, folgt die Grundstücksverkehrsbekanntmachung, das Wohnsiedlungsgesetz, die Verordnung über Veräußerung von Entschuldungsbetrieben, das Gesetz über Neugestaltung deutscher Städte, das Gesetz über die Sicherung der Reichsgrenzen und schließlich die Verordnung über die Rechtsgeschäfte mit Juden und für Juden, sämtliche mit Anmerkungen des Herausgebers versehen. Die Vorbesprechungen und Erläuterungen der Gesetze sind sehr eingehend, soweit es der Raum gestattet, geben ein klares Bild über die Rechtslage und bringen insbes. wichtige Hinweise auf die gesetzlichen Zusammenhänge sowie auf das Ineinandergreifen der gesetzlichen Bestimmungen. Das Schrifttum sowie die höchstrichterlichen Entscheidungen sind berücksichtigt, auf wichtige behördliche Entscheidungen ist besonders hingewiesen. Ein Anhang mit weiteren Texten von einschlägigen Anordnungen und Gesetzen beschließt das Büchlein. Ein sehr ausführliches Sachverzeichnis macht dem Praktiker die schnelle Auffindung der einschlägigen Bestimmungen leicht. Das Buch ist für die Praxis sehr brauchbar und wird seinen Zweck voll erfüllen.

RA. u. Notar Dr. Roquette, Königsberg i. Pr.

Ernst Schönbauer: Der Rechtswahrer in der nationalsozialistischen Ostmark. Wien 1938. Verlag des NS.-Rechtswahrerbundes. 29 S. Preis kart. 1,80 *RM.*

Prof. Dr. Ernst Schönbauer, der Dekan der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät an der Universität Wien, ist einer der leidenschaftlichen und kompromißlosen Vorkämpfer für die nationalsozialistische Idee im Lande Österreich. Er war in erster Linie dazu berufen, über die Stellung des Rechtswahrers in der Ostmark und seinen Aufgabenkreis zu sprechen. Als er am 24. Mai 1938 in seinem Vortrag an der Wiener Universität das Thema behandelte, war er des größten Interesses sicher. Der große Hörsaal war bis zum letzten Platz gefüllt.

Dieser Vortrag ist nahezu wörtlich in dem vorliegenden Heft festgehalten. Schönbauer schildert darin den seelischen Druck, der in der Systemzeit auf den volksbewußten Rechtswahrern lastete und wie sich aus den nationalsozialistischen Gedankengängen der blutleere „Jurist" zum volksverbundenen „Rechtswahrer" wandelte, an den besonders hohe Anforderungen an Charakter und Leistungen gestellt werden sollen (S. 20). Schönbauer verlangt Übereinstimmung von Recht und Sitte (S. 22), die zu Unrecht gerade von jüdischen Rechtslehrern eifrig als wesensverschieden erklärt wurden. Im Zusammenhang damit fordert Schönbauer eine klare und dem Volk verständliche Sprache des Gesetzgebers und des Rechtswahrers. Wenn er dabei zur Feststellung kommt, daß die alte österreichische Gesetzgebung diesen Anforderungen eher entsprach als die der letzten Jahre, darf das niemand überraschen.

Die Schrift ist jedenfalls ein wertvoller Beitrag zur Eingliederung einer wichtigen Berufsgruppe des Landes Österreich in die Volksgemeinschaft des großdeutschen Reiches.

StA. Dr. Hoyer, z. Zt. Berlin (RJM.).

Kraftverkehrsrecht von A bis Z. Handlexikon in Loseblattform; herausgegeben unter Mitarbeit führender Verkehrsrechtler von Dr. jur. Weigelt, Berlin. Berlin 1938. Deutsche Verlagsgesellschaft, Abt. Kraftverkehrsrecht. Nachträge 16—18. Preis je Blatt 0,08 *RM.*

Mit den Nachträgen 16—18 wird die Sammlung in der bekannten und bewährten Form fortgeführt. Unter den Erlassen und Verordnungen verdienen besonderes Interesse die Bestimmungen über die Inanspruchnahme von Kraftfahrzeugen auf Grund des Wehrleistungsgesetzes, einerseits für die Inanspruchnahme durch die Wehrmacht und andererseits für die Inanspruchnahme durch Bedarfsstellen außerhalb der Wehrmacht. Neben den Erlassen sind die Tarife über die Vergütungssätze mit abgedruckt.

An Aufsätzen sind zu erwähnen: Syndikus Dr. Wahl, Weimar, „Die Durchführung des Rückgriffsanspruchs und seiner Deckungsansprüche"; LGR. Dr. Förster, Leipzig, „Anfahren"; Postrat Kniepmeier, Berlin, „Die Haftpflicht der Deutschen Reichspost im Reisedienst" (vgl. hierzu vom gleichen Verf. den Artikel „Zur Frage der Einführung der Gefährdungshaftung im Kraftpostreisedienst": JW. 1938, 2320); Dr. jur. Schifferer, Berlin, „Der NSKK.-Verkehrserziehungsdienst". D. S.

Die Arbeitsgesetze der Gegenwart. Textsammlung mit Einführung, Anmerkungen und Sachregister, herausgegeben von Dr. Theodor Rohlfing, AGR. und LGR. in Berlin, und ORegR. a. D. Rudolf Schraut, beide Mitglieder der Akademie für Deutsches Recht. (Guttentagsche Sammlung Deutscher Reichsgesetze Nr. 210.) Berlin und Leipzig 1938. Verlag Walter de Gruyter & Co. 1. Nachtrag. 66 S. Preis 1,50 *RM.*

Der 1. Nachtrag zu dem JW. 1938, 499 besprochenen Hauptwerk ist Mitte September erschienen und enthält 28 Gesetze, Verordnungen und Anordnungen.

Erbhofrecht, Texte. Berlin 1938. Deutscher Rechtsverlag GmbH. 108 S. Preis kart. 2 *RM.*

Die Zusammenstellung enthält: Reichserbhofgesetz, Erbhofrechtsverordnung, Erbhofverfahrensverordnung, Verordnung über die Einführung des Erbhofrechts im Lande Österreich, Formulare. D. S.

Das neue großdeutsche Eherecht. Gesetz über die Vereinheitlichung des Rechts der Eheschließung und der Ehescheidung im Lande Österreich und im übrigen Reichsgebiet v. 6. Juli 1938. Mit der amtlichen Begründung, der DurchfVO. und ErgVO. v. 27. Juli 1938 und ausführlichem Sachverzeichnis. Stuttgart und Berlin 1938. Verlag W. Kohlhammer. 154 S. Preis kart. 1,80 *RM.*

Die Österreichische Verwaltung von Staatsrat Dr. Ottmar Kollmann, Präsident der Bayrischen Versicherungskammer in München. München und Berlin 1938. C. H. Becksche Verlagsbuchhandlung. 58 S. Preis geb. 1,80 *RM.*

Rechtsprechung

Nachdruck der Entscheidungen nur auszugsweise und mit genauer Quellenangabe gestattet

[** Abdruck in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts. — † Anmerkung]

Strafrecht

1. RG. — § 222 StGB. Ein Kraftfahrer darf nur so schnell fahren, daß er den Wagen in der übersehbaren Strecke zum Halten bringen kann.

Rechtsirrig ist die Ansicht der Rev., ein Kraftfahrer brauche nicht damit zu rechnen, daß sich ein anderer Verkehrsteilnehmer verkehrswidrig benehme. Diesen Satz hat das RG. in solcher allgemeinen Form nicht ausgesprochen. Es ist vielmehr feststehende Rspr., daß der Kraftfahrer nur so schnell fahren darf, daß er den Wagen in der übersehbaren Strecke zum Halten bringen kann. Dabei ist es gleichgültig, ob das Hindernis, das im Wege steht, dort durch einen Zufall, durch eine Unvorsichtigkeit oder gar durch ein vorsätzliches Handeln eines anderen hingekommen ist. Nur braucht er im allgemeinen nicht damit zu rechnen, daß andere Verkehrsteilnehmer sich in der übersehbaren Strecke unerwartet ihm verkehrswidrig plötzlich in den Weg stellen.

(RG., 4. StrSen. v. 12. Aug. 1938, 4 D 494/38.)

*

2. RG. — § 222 Abs. 2 StGB. Nach der feststehenden Rspr. des RG. (vgl. RGSt. 64, 430/31; 65, 95) macht es keinen Unterschied, ob die mit der Benutzung des Kraftwagens verbundene Tätigkeit im Rahmen des Gewerbebetriebes die hauptsächliche oder nur eine Hilfs- oder Nebenverrichtung darstellt. Es genügt daher die getroffene Feststellung, daß der Angekl. den Wagen üblicherweise auch zu geschäftlichen Zwecken benutzt habe, um zu Werbungszwecken Kunden zu besuchen.

(RG., 4. StrSen. v. 26. Aug. 1938, 4 D 100/38.)

*

3. SchöffG. — § 230 StGB.; §§ 1, 49 StraßVerkO. Zur Frage der Beurteilung des Verschuldens und der Strafbemessung bei fahrlässigen Verkehrsdelikten. Feststellung der Art und der Grade der Fahrlässigkeit. Die Verhängung einer Gefängnisstrafe erfordert eine besonders sorgfältige Prüfung der Gesamtpersönlichkeit des Täters, wie der Art und Stärke seines gesetzwidrigen und verkehrsfeindlichen Willens und Verhaltens. Auch die Nebenfolgen und Nachwirkungen der Strafen müssen berücksichtigt werden.

Am 22. Juni 1938 lieh sich der Angekl. in einer Reparaturwerkstätte in K. einen Personenkraftwagen und fuhr mit diesem Wagen nach Sp. Der Angekl. war nicht im Besitz einer Fahrerlaubnis und eines Führerscheines. In Sp., wo er um 18,45 Uhr eintraf, holte der Angekl. seine Verlobte in ihrer Wohnung ab und wollte nunmehr zum Bahnhof fahren. Als er auf dem Marktplatz nach rechts einbiegen wollte, trat er statt auf die Fußbremse auf das Gaspedal und verlor infolge der plötzlichen Beschleunigung die Herrschaft über den Wagen. Er geriet auf die Gehbahn, streifte eine Hauswand und riß dann einen auf der Gehbahn stehenden Hydranten um. Weiter fuhr er zwei Frauen und einen Kinderwagen um. Die Frauen und das Kind wurden leicht verletzt. Der Angekl. kam dann mit dem Wagen, nachdem er etwa 17 m über den Bürgersteig gefahren war, wieder auf die Fahrbahn zurück und zum Stehen.

Zu seiner Entschuldigung hat der Angekl. folgendes angeführt. Er habe sich in der fraglichen Reparaturwerkstätte schon häufiger eine führerscheinfreies Leichtmotorrad für die Fahrten nach Sp. zu seiner Verlobten geliehen. Als er an dem Unglückstage dieses Rad wieder haben wollte, war es noch anderweitig ausgeliehen. Nachdem ein Versuch, den anderen Entleiher zu erreichen, fehlgeschlagen war, habe die Schwägerin des Besitzers der Werkstätte, mit der er verhandelt habe, auf den dastehenden Opelwagen gezeigt und gesagt, er könne evtl. auch den nehmen, wenn er ihn fahren könne. Sie habe ihn dann noch gefragt, ob er einen Führerschein habe. Diese Frage habe er in der Verlegenheit und weil er unbedingt die Verabredung mit seiner Verlobten einhalten zu müssen geglaubt habe, wahrheitswidrig bejaht.

Der Angekl. hat sich schon dadurch strafbar gemacht, daß er auf öffentlichen Wegen einen Kraftwagen geführt hat, ohne eine hierzu berechtigende Erlaubnis der zuständigen Behörde zu besitzen und ohne in der Lage gewesen zu sein, den Nachweis dieser Erlaubnis durch eine Bescheinigung (Führerschein) zu erbringen. Insoweit ist der Angekl. gemäß § 2 KraftfG. i. Verb. m. §§ 1, 4 StraßVerkZulVO. aus der Strafvorschrift des § 24 Abs. 1 Ziff. 1 KraftfG. zu bestrafen. Der Angekl. hat weiter dadurch, daß er im Straßenverkehr ein Kraftfahrzeug gelenkt hat, ohne die notwendigen Fahrkenntnisse sich verschafft und ordnungsmäßig nachgewiesen zu haben, schuldhaft fahrlässig die Körperverletzungen der drei von ihm angefahrenen Personen verursacht und gleichzeitig als Teilnehmer am öffentlichen Straßenverkehr den Verkehr gefährdet und andere Verkehrsteilnehmer geschädigt. Insoweit ist der Angekl. gemäß § 230 Abs. 1 StGB., §§ 1, 49 StraßVerkO. v. 13. 11. 37 zu bestrafen. Da alle Strafgesetze durch eine einheitliche Handlung verletzt sind, ist gemäß § 73 StGB. die Strafe aus der Strafbestimmung für die fahrlässige Körperverletzung, d. h. aus § 230 Abs. 1 StGB. zu entnehmen.

Bei der in Fällen der vorl. Art besonders bedeutungsvollen und schwierigen Strafzumessungsfrage ist das SchöffG. von folgenden Feststellungen und Erwägungen ausgegangen.

Der Angekl. ist 20 Jahre alt und befindet sich als Appreturmeister in einer aussichtsreichen und entwicklungsfähigen Stellung. Er hat zur Zeit einen Wochenverdienst von 35—36 *RM*. Er ist noch unbestraft und unbescholten und hat auf das Gericht einen recht guten Eindruck gemacht. Im Reichsarbeitsdienst ist er Vormann gewesen, gemustert ist er zu einem motorisierten Truppenteil, bei dem er demnächst seiner Wehrpflicht genügen soll. In der Hauptverhandlung hat der Angekl. sein Verhalten offen und ohne Beschönigungsversuche zugegeben und er scheint es auch ehrlich zu bereuen.

Unter diesen Umständen hat das SchöffG. von der Verhängung einer Freiheitsstrafe abgesehen. An sich bedeutet zwar das Führen eines Kraftfahrzeuges ohne Fahrkenntnis, Erlaubnis und Führerschein einen außerordentlich schweren Verstoß gegen das Gesetz und gegen den Grundsatz einer auf Kameradschaft und höchstes Verantwortungsbewußtsein aufgebauten Verkehrsgemeinschaft. Wenn das Kraftfahren ohne Berechtigung selbst ein vorsätzliches Vergehen darstellt, die Schuldform der durch den Angekl. herbeigeführten Körperverletzung eines anderen Verkehrsteilnehmers dagegen nur die der Fahrlässigkeit ist, da der Angekl. den Unfall und die Körperverletzung ja nicht herbeiführen wollte, so grenzt doch auch die letztere Schuld zumindest nahe an die der sog. bewußten Fahrlässigkeit. Diese liegt dann vor, wenn der Angekl. sich zwar selbst gesagt hat, daß sein Verhalten leicht zu einem Unfall führen könne, diese eigenen Bedenken jedoch leichtsinnig in den Wind geschlagen und darauf vertraut hat, es werde schon gut gehen. Diese bewußte Fahrlässigkeit grenzt ihrerseits wieder an die Schuldform des sog. Eventualvorsatzes, der dann gegeben ist, wenn der Täter den Eintritt eines bestimmten Erfolges zwar nicht direkt will, ihn aber als mögliche Folge seines Verhaltens voraussieht und ihn soweit auch in seinen Tatwillen aufnimmt und mit ihm einverstanden ist (sog. Einwilligungstheorie, oder, etwas weiter gefaßt, Theorie des In-den-Kauf-Nehmens, wie sie nach dem Bericht über die Arbeit der amtlichen Strafrechtskommission für das kommende Strafrecht künftig Geltung haben soll; siehe Schäfer bei Gürtner, „Das kommende deutsche Strafrecht", Allg. Teil, 2. Aufl., 1935, S. 61).

Das SchöffG. hat vorliegend in dem Handeln des Angekl. keine bewußte, sondern nur eine einfache Fahrlässigkeit erblickt. Es kann dem Angekl. geglaubt werden, daß er an die Möglichkeit eines Unfalles gar nicht gedacht, sondern in jugendlichem Leichtsinn geglaubt hat, er werde, wie das Leichtmotorrad, auch den Wagen schon ohne Unfall fahren können. Bei der strafrechtlichen Beurteilung der Art und der Stärke des rechtsbrecherischen und friedenstörenden Willens des Angekl. muß hier der Umstand besonders beachtet werden, daß der Angekl. nicht von sich aus auf den Gedanken gekommen ist, statt des nicht zur Verfügung stehenden Motorrades einen Kraftwagen für die Fahrt nach Sp. zu benutzen (in diesem Falle würde sein Verhalten ungleich schärfer zu beurteilen sein), sondern daß er erst durch die Vertreterin des Geschäftsinhabers auf den unheilvollen Gedanken gebracht worden ist. Wenn

man die Psyche eines jungen Mannes im Alter des Angekl. kennt, so weiß man, daß hier schon die — allerdings falsche — Scham, seine Fahrunkenntnis, bzw. da er sich die Kenntnis ja zu haben einbildete, den Nichtbesitz des Führerscheines einzugestehen, eine Rolle spielte und das „Ja" über seine Lippen drängte. Daß der Angekl. eine gewisse allgemeine Kenntnis von der Bedienung und Lenkung eines Kraftwagens besaß, hat sich ja immerhin darin gezeigt, daß er ohne Unfall bis Sp. gelangt ist, wenn ihm dies auch keineswegs als Verdienst und Entschuldigung angerechnet werden soll. Soweit sich das erkennende Gericht ein Bild von der Persönlichkeit des Angekl. machen konnte, wäre er von sich aus, ohne die von außen an ihn herangetretene und durch das Fehlen des Motorrades und das fremde Anerbieten bedingte Versuchung, wohl kaum jemals auf den Gedanken gekommen, ohne Führerschein einen Kraftwagen zu fahren, zumal er ja während seiner militärischen Dienstzeit sehr bald den Führerschein erworben haben würde. Von dieser Einschätzung und Bewertung der Täterpersönlichkeit muß bei der Entscheidung über die Zumessung von Strafart und Strafhöhe maßgeblich ausgegangen werden. Der Fall liegt ausgesprochen so, daß der Angekl. sich nicht als Mensch darstellt, der zu einer Mißachtung der Gesetze und des Lebens seiner Mitmenschen neigt, und daß er nicht einmal ein im allgemeinen besonders leichtsinniger und rücksichtsloser Mensch zu sein scheint. Er scheint vielmehr offenbar nur einer einmaligen, durch besondere Umstände bedingten Versuchung unterlegen zu sein, so daß die Tat des Leichtsinns und der Unüberlegtheit, um die es sich hier handelt, sogar als verhältnismäßig persönlichkeitsfremd angesehen werden kann. Der Angekl. hat, wie man zu sagen pflegt, eine schwache Stunde gehabt, in der das Zusammentreffen des ungeduldigen Wunsches, die Verabredung mit seiner Verlobten einzuhalten, das unvorhergesehene Nichtvorhandensein des sonst benutzten Motorrades und das Angebot des Wagens, im Augenblick die Hemmungen und Bedenken ausschaltete, die den Angekl. sonst vielleicht auf dem richtigen Wege gehalten hätten.

Bei diesem Bilde der Persönlichkeit des Angekl. wie der Art und des Grades seines gesetzwidrigen Willens, konnte das SchöffG. sich nicht dazu entschließen, den Angekl. mit einer Gefängnisstrafe zu bestrafen. Der Richter, der einen bisher unbestraften und unbescholtenen Angekl. wegen einer fahrlässigen Verkehrsverletzung ins Gefängnis schickt, wird sich bis ins Letzte alle Konsequenzen eines derartigen Spruches klar machen müssen.

Wie die Straftat willensmäßig aus der Persönlichkeit des Täters heraus beurteilt werden muß, so muß andererseits die Strafe nach ihrer Wirkung und Bedeutung gerade für den einzelnen Täter beurteilt und bemessen werden. Hier gewinnt es auch eine besondere Bedeutung, ob der Charakter der Tat persönlichkeitsbedingt oder persönlichkeitsfremd erscheint (s. hierzu Freisler, „Das kommende Strafrecht", Allgem. Teil. 2. Aufl., S. 26 und Hellwig, „Die Reform der Strafzumessung": DStrZ. 1936, 418 ff., über die besondere Bedeutung der Strafbemessung im allgemeinen s. Schäfer bei Gürtner a. a. O. S. 163 ff.). Daß im übrigen bisherige Unbestraftheit und gute Führung bei der Strafzumessung zugunsten des Angekl. berücksichtigt werden können und sogar müssen, ist vom RG. in verschiedenen neueren Entsch. betont worden (RGSt. v. 11. März 1937, 5 D 869/36: JW. 1937, 1804, 56; RGSt. v. 16. Aug. 1937, 5 D 545/37: JW. 1937, 2706, 23; RGSt. v. 28. April 1937, 3 D 249/38: JW. 1938, 1814, 19). Was die Bedeutung einer Gefängnisstrafe für einen jungen, bisher unbescholtenen Menschen anbetrifft, so wird eine solche Freiheitsstrafe um so schwerer, ja zerstörender wirken, je ehrliebender und wertvoller der Betreffende ist. Gerade die Nebenfolgen und Nachwirkungen einer derartigen Bestrafung gehen oft weit über das Maß des notwendigen Strafzweckes hinaus. Es gibt zwar zweifellos auch bei den reinen Fahrlässigkeitsdelikten Formen und Grade des Verschuldens, welche in der Strafart die Gleichstellung mit einem gemeinen Vergehen oder Verbrechen durchaus rechtfertigen können. Daß bei der Feststellung des „Verkehrsverschuldens" und der Bemessung der diesem Verschulden gemäßen Strafe eine besonders genaue Erforschung und Berücksichtigung der Persönlichkeit des Täters und der direkten wie auch der indirekten Folgen der Strafe erforderlich ist, ergibt sich jedoch zwingend aus dem besonderen Wesen eines derartigen Verschuldens (s. hierzu Kaiser, „Verkehrsverschulden": DAutoR. 1938 Nr. 6 S. 177 ff. und das dort angegebene Schrifttum). Wenn es schon im allgemeinen richtig erscheint, bei einer ersten Straftat den Täter durch die Strafe nicht zu vernichten, sondern ihm, sofern sein Vergehen das überhaupt zuläßt, die Rückkehr in die Gemeinschaft der anständigen Volksgenossen zu ermöglichen, so muß dies besonders bei den Schuldformen gelten, bei denen der noch bestehende Erfolgscharakter der strafrechtlichen Bestimmungen die ohnehin hier so besonders schwierige Feststellung des wirklichen Verschuldens für den Angekl. ungünstiger beeinflussen kann, als es recht und gerecht erscheint. Hier ist es eine besonders schwerwiegende und den gewollten Strafzweck übersteigende Folge einer Gefängnisstrafe, daß sich noch nach erfolgter Sühne sogar der Anlaß der Strafe oft verwischt und lediglich die Tatsache der einmal erlittenen Gefängnisstrafe bleibt. Sie wird dem Verurteilten oft für das ganze Leben nachgetragen und bietet Anlaß, ihn wie einen gemeinen Verbrecher anzusehen, während seine Rechtfertigung, daß er doch immerhin kein vorsätzliches und gemeines Verbrechen oder Vergehen begangen habe, demgegenüber meist ungehört verhallen wird. Wie bereits betont, soll hiermit allerdings keineswegs einer laxen Auffassung über den Charakter und die Strafwürdigkeit der wirklich schweren Formen des Verkehrsverschuldens das Wort geredet werden (s. die Rede des RMin. Dr. Goebbels anläßlich der Unfallverhütungsaktion v. 24. Juni 1938: VölkBeob. v. 26. Juni 1938 Nr. 177 S. 9 = DAutoR. 1938 Nr. 7 Sp. 217 ff.). Folgenschwere Fälle eines wirklich verbrecherischen Leichtsinnes können die Verhängung von Freiheitsstrafen und die Gleichstellung des Täters mit einem gemeinen Rechtsbrecher besonders dann rechtfertigen und erfordern, wenn es sich um die bewußte, an Vorsatz grenzende Fahrlässigkeit eines offenbar gewissenlosen und rohen Charakters handelt.

Wenn aus den vorstehenden Gründen die Verhängung einer Freiheitsstrafe in dem vorl. Fall nicht rechtens erschien, so mußte die zu verhängende Geldstrafe doch so bemessen werden, daß sie bei Berücksichtigung der wirtschaftlichen Verhältnisse des Angekl. eine Sühne darstellt, die ihm nachhaltig die objektive Schwere seines Vergehens vor Augen führt. Das Gericht hat 1000 *RM* als angemessen angesehen. Der Angekl. wird nach Maßgabe der ihm evtl. gemäß § 28 StGB. nach näherer Prüfung seiner jeweiligen wirtschaftlichen Lage noch zu gewährenden Teilzahlungen alles aufbieten müssen, um die Tat wirklich zu sühnen und seine Ehre und Zukunft vor der Verbüßung der gemäß § 29 StGB. festgesetzten Ersatzfreiheitsstrafe zu bewahren.

(SchöffG. Cottbus, Urt. v. 1. Juli 1938, 6 Js 406/38.)

*

4. SchöffG. — § 230 Abs. 2 StGB. Berufsfahrerfrage. Die erhöhte Aufmerksamkeitspflicht trifft nur den Kraftfahrer, der das Kraftfahren selbst als Beruf, Amt oder Gewerbe betreibt, nicht aber auch den, der sich des Kraftfahrzeuges nur als Verkehrsmittel, wenn auch zur Erleichterung der Ausübung seines eigentlichen Berufes, bedient. Kraftfahrer und Alkohol. Beweiskraft der Alkoholblutprobe. Bedeutung des weltanschaulichen Schrifttums der nationalsozialistischen Bewegung für die Rechtsprechung und den Richter.

Der Angekl. (Steuerberater) geriet am 27. Mai 1938 abends gegen 19 Uhr mit seinem Kraftwagen in einer Linkskurve von dem Fahrdamm weg und fuhr gegen einen auf dem Fußsteg stehenden Fernsprechleitungsmast, der umstürzte. Etwa 5 Meter weiter fuhr er durch den Straßengraben und gegen einen Drahtzaun, wo der Wagen zum Stehen kam. Während der Angekl. selbst unverletzt blieb, wurden die beiden Insassen des Kraftwagens verletzt. Sie haben gegen den Angekl. keinen Strafantrag gestellt.

Der Angekl. hatte an dem fraglichen Tage mittags mehrere Glas Bier und abends vor Antritt der Fahrt etwa 3 ½ Flaschen Bier und 1—2 Glas süßen Schnaps getrunken.

Der Sachverständige hat sein Gutachten bzgl. der in dem Untersuchungsamt der Stadt C. vorgenommenen Untersuchung der dem Angekl. nach dem Unfall entnommenen Blutprobe auf ihren Alkoholgehalt folgendermaßen erstattet. Nach der Widmarkschen Probe habe der Alkoholgehalt des Blutes 1,36 Promille betragen. Unter Berücksichtigung des angegebenen Körpergewichts (ohne Kleider 83 Kilogramm) und der zwischen der letzten Alkoholaufnahme und der Blutentnahme verstrichenen Zeit von 3 ½ Stunden berechne sich die Gesamtmenge des aufgenommenen Alkohols nach der Widmarkschen Formel auf 106 Gramm. In dem der Blutprobe beigefügten von dem blutentnehmenden Arzt ausgefüllten amtlichen Protokoll sei die Diagnose „nicht merkbar unter Alkoholwirkung" gestellt worden. Die Frage nach dem Alkoholgeruch der Atemluft ist in dem Protokoll bejaht, bei der verschärften Rombergschen Probe (Gehen auf einer Geraden mit geschlossenen Augen, Fuß hinter Fuß) ist der Gang als „schwankend" bezeichnet worden. Die sonstigen Feststellungen haben nichts besonderes ergeben.

Das SchöffG. hat es hiernach als erwiesen angesehen, daß der Angekl. durch den genossenen Alkohol derart beeinflußt gewesen ist, daß seine Fahrweise und seine Fahrsicherheit hierunter gelitten hatten. Die Angaben des Angekl. über die Menge des von ihm genossenen Alkohols liegen nur unwesentlich unter dem Ergebnis der Alkoholblutprobe, so daß von ihrer Richtigkeit ausgegangen werden mag. Hiernach muß jedoch eine Alkoholbeeinflußtheit des Angekl. angenommen werden. Die besondere Gefähr-

lichkeit des Alkoholgenusses gerade für den Kraftfahrer beruht auf der Erfahrungstatsache, daß hier auch schon verhältnismäßig geringe Grade der Alkoholbeeinflußtheit, die im sonstigen Leben kaum auffallen oder schädlich wirken mögen, einen verhängnisvollen Einfluß gerade auf die körperlichen und geistigen Funktionen ausüben, die für den Fahrer eines schnellen und feinnervigen Kraftfahrzeuges von ausschlaggebender Bedeutung sind. Zahlreiche grundlegende praktische Versuche haben gezeigt und erwiesen, daß auch schon geringe Mengen von Alkohol die Reaktionszeit (und damit u. a. den Bremsweg) verlängern, die Sinnestätigkeit (Auffassung von Gesichts- und Gehörseindrücken) verschlechtern, nach anfänglicher kurzer Anregung Ermüdungserscheinungen hervorrufen, auf der anderen Seite aber auch wieder in ebenso nachteiliger Art die motorischen Reaktionen leichter auslösen und hierdurch das bekannte Gefühl erhöhter Unternehmungslust und gesteigerten Tatendranges hervorrufen, das den Kraftfahrer so leicht zu einer allzu gewagten und leichtsinnigen Fahrweise verführt (s. hierzu Hoffmann, „Alkoholnachweis bei Verkehrsunfällen", Berlin 1937, S. 11 und JW. 1937, 2336). Das notwendige Gleichgewicht zwischen Fahrweise einerseits sowie Fahrkunst und Fahrbeherrschung andererseits wird also durch den Alkoholgenuß gestört und ungünstig beeinflußt. Hier sind es sogar gerade die verhältnismäßig kleinen Alkoholmengen, die dem Kraftfahrer verderblich werden können. Während den Kraftfahrer selbst ohne weiteres merk- und fühlbare Grade erheblicher Trunkenheit doch vielfach, wenn nicht zum gänzlichen Verzicht auf das Fahren, so doch wenigstens zur besonderen Vorsicht veranlassen mögen, äußert sich die anfängliche Wirkung eines geringen Alkoholgenusses oft zunächst darin, daß sie subjektiv das Gefühl einer erhöhten Leistungsfähigkeit vortäuscht, während die in Wahrheit bereits vorl. Verminderung des Fahrkönnens dem Fahrer nicht zu Bewußtsein kommt, so daß er schneller und „schneidiger" fährt, während er richtigerweise bereits langsamer und vorsichtiger fahren müßte. Ob im übrigen völlige Enthaltsamkeit (wie sie bei besonders verantwortungsvollen Berufen, z. B. denen des Lokomotivführers und Flugzeugführers, mindestens im Dienst ja vorgeschrieben ist und streng durchgeführt wird) notwendig erscheinen mag, oder eine individuell verschiedene Mäßigkeit des Alkoholgenusses genügt, ist weniger Sache eines allgemeingültigen Grundsatzes als der jeweiligen Persönlichkeit. Wer es sich zutrauen kann, nicht nur aufzuhören, bevor er eine Alkoholwirkung spürt, sondern auch auf jeden Fall gewisse Grenzen überhaupt nicht zu überschreiten, mag sein Gläschen in Ehren trinken (s. die Stellungnahme des Korpsführers Hühnlein: VölkBeob. v. 8. Dez. 1937 Nr. 342 S. 2). Wer diese Mäßigkeit und Selbstbeherrschung nicht besitzt, wird dagegen wohl besser schon das erste Glas und damit die Versuchung nicht nur zum zweiten, sondern zu weiteren von vornherein meiden.

Bei der Feststellung der im Einzelfall genossenen Alkoholmenge und der hiernach zu stellenden Diagnose des Grades der Alkoholbeeinflußtheit stellt außer den sonstigen allgemeinen Beweismitteln und der klinischen Untersuchung das Widmarksche Blutalkoholbestimmungsverfahren ein Hilfsmittel dar, dessen Beweiswert äußerst zuverlässig ist, und das daher stets maßgeblich, wenn nicht entscheidend, bei der Wahrheitsfindung herangezogen und berücksichtigt werden muß. Die gegen die Zuverlässigkeit und gegen den Beweiswert der schon seit vielen Jahren im Inlande und im Auslande erprobten und ausgebauten Methode von manchen Seiten vorgebrachten Einwände und Bedenken sind inzwischen von zahlreichen Sachverständigen überzeugend widerlegt und ausgeräumt worden (s. z. B. Hoffmann a. a. O.; Mueller: DJ. 1938, 613 ff.; Hecksteten in „Veröffentlichungen auf dem Gebiete des Heeres-Sanitätswesens", Berlin 1938, Heft 105, S. 198; JW. 1938, 2336 ff. Durch den RdErl. des RMdJ. vom 25. Sept. 1936 ist das Verfahren für das ganze Reichsgebiet eingeführt worden).

Bei der Auswertung der durch die Blutprobe festgestellten Menge des genossenen Alkohols wird man sich zwar vor einem allzu einseitigen Schematismus hüten müssen. Andererseits verlangt die Sicherheit des Verkehrs und der Verkehrsrechtsprechung eine möglichst restlose Erfassung und gleichmäßige Beurteilung gerade der so gemeingefährlichen Trunkenheit am Steuer. Diese Forderung zwingt mit Recht dazu, den ohnehin so zweifelhaften Einwand der besonderen individuellen Alkoholverträglichkeit, wenn überhaupt, so nur in äußerst beschränktem Maße zuzulassen und zu berücksichtigen (s. hierzu das grundlegende Urteil des OVG. Hamburg v. 9. Juni 1937: JW. 1937, 1847[140] mit den Sätzen: „Das öffentliche Verkehrswesen verlangt Disziplin, d. h. Unterordnung unter einheitliche Regeln. Niemand hat ein Recht darauf, sich einer besonderen Befähigung wegen über diese Regeln hinwegzusetzen, denn damit untergräbt er durch böses Beispiel die Disziplin. Es entspricht deshalb dem Recht, wenn auch von demjenigen, der zufällig ganz besonders unempfindlich gegen Alkohol ist, die allgemein erforderliche Zurückhaltung beim Kraftfahren verlangt wird." Ähnlich auch das „Schwarze Korps": „Trunkenheit am Steuer", Folge 21 v. 26. Mai 1938, S. 9).

Im übrigen steht die ja nicht erst in neuerer Zeit so oft behauptete besondere Leistungs- und Widerstandsfähigkeit auf dem Gebiete des Alkoholgenusses meist in einem offenbaren Widerspruch zu dem tatsächlichen Verhalten des Renommierenden. Bestenfalls ist sie auch dort, wo Gewöhnung und Erziehung eine gewisse äußere Haltung selbst bei starkem Alkoholgenuß ermöglichen, eben nur eine äußerliche und scheinbare und schützt keineswegs davor, daß gerade die dem Kraftfahrer so notwendigen feinen und feinsten Sinnesregungen und Reaktionen durch die direkten wie die indirekten Wirkungen auch kleinerer Alkoholmengen ungünstig beeinflußt werden. Auch der Einwand, daß es ja 99 mal gut gegangen sei, bedeutet keine Rechtfertigung, wenn beim 100. Male das Unglück geschieht. Einwandfreie Versuche haben unwiderleglich erwiesen, daß bereits ein Alkoholgehalt von 1,5 Promille 82 % aller Personen ungeeignet zum Kraftfahren macht. Bei 2,1 Promille beträgt der Prozentsatz der Fahrunfähigen bereits 96 % und bei 2,3 Promille sogar 99 % aller Untersuchten (JW. 1938, 1848 und Mueller a. a. O.).

Wenn der Angekl. daher zur Zeit der Blutentnahme, d. h. drei Stunden nach dem Unfall, noch einen Blutalkoholgehalt von 1,36 Promille gehabt hat, so bedeutet dies auf jeden Fall, daß der Blutgehalt und damit die im Organismus vorhandene Alkoholmenge zur Unfallzeit noch erheblich höher war, da ja ständig Alkohol vom Körper verbrannt und ausgeschieden wird, und eine spätere erneute Alkoholzufuhr nicht mehr stattgefunden hat. Das SchöffG. sieht es als erwiesen an, daß der Angekl. in seiner Fahrfähigkeit durch die natürlichen Wirkungen der aufgenommenen Alkoholmenge derart beeinträchtigt war, daß er, wenn überhaupt, so nur mit ganz besonderer Vorsicht und Aufmerksamkeit hätte fahren dürfen. Die Tatsache des Unfalls allein, sowie er sich abgespielt hat, beweist aber schon, daß der Angekl. nicht einmal die gewöhnliche Aufmerksamkeit beim Fahren beobachtet haben kann. Denn sonst hätte es einfach nicht vorkommen können, daß der Angekl. ohne jeden besonderen Anlaß aus der Kurve herausgetragen wurde und in den Graben geriet. Daß die Straße etwas gewölbt war, mußte dem Angekl. ja schon vorher aufgefallen sein, ebenso wie ihm auch als Kraftfahrer das Gesetz der Zentrifugalkraft bekannt sein mußte. Wenn er daher die Kurve so genommen hat, daß er einfach herausgetragen wurde oder abrutschte, ohne daß irgendein besonderes Hindernis vorlag, so ist er eben verkehrswidrig und unaufmerksam gefahren. Und der Anlaß hierzu kann nach Lage der Sache wieder nur in der Alkoholwirkung erblickt werden. Wenn der blutentnehmende Arzt bei der klinischen Untersuchung keine merkbare Alkoholbeeinflußtheit konstatiert hat, so steht dies Urteil zunächst schon in einem gewissen Widerspruch zu den festgestellten Zeichen von Ataxie (schwankender Gang bei der verschärften Rombergschen Probe) und zu dem festgestellten Alkoholgeruch der Atemluft. Auch muß berücksichtigt werden, daß die Untersuchung erst drei Stunden nach dem Unfall und nach dem meist äußerlich stark ernüchternd wirkenden Unfallschreck stattgefunden hat, und daß der Angekl. sich dabei natürlicherweise auch möglichst zusammengenommen haben wird. Auch ist die sogenannte klinische Diagnose der Alkoholbeeinflußtheit in der einfachen Form, wie sie gelegentlich der Entnahme der Blutprobe vorgenommen wird, ohnehin wenig sicher und aufschlußreich.

Der Angekl. hat sich dadurch, daß er in derart alkoholbeeinflußtem Zustande im Straßenverkehr ein Kraftfahrzeug geführt hat, schon gemäß §§ 2 Abs. 1, 71 StraßVerkZulO. strafbar gemacht, indem er am Verkehr teilgenommen hat, obwohl er sich infolge des körperlichen und geistigen Mangels der Alkoholbeeinflußtheit jedenfalls als Kraftfahrer nicht genügend sicher im Verkehr bewegen konnte und auch keine Vorsorge getroffen hatte, andere Verkehrsteilnehmer nicht zu gefährden. Das SchöffG. hat allerdings angenommen, daß der Grad der Alkoholbeeinflußtheit nicht so stark gewesen ist, daß die Bezeichnung der „Trunkenheit am Steuer" als zutreffend angesehen werden müßte. Es genügt vielmehr die Kennzeichnung des „Fahrens im alkoholbeeinflußtem Zustande".

Wie bereits ausgeführt, muß es als erwiesen angesehen werden, daß der Unfall auf die Alkoholbeeinflußtheit und die hierdurch, wenn nicht allein bedingte, so jedenfalls mitbedingte unrichtige und unaufmerksame Fahrweise des Angekl. zurückgeführt werden muß, d. h. daß der Angekl. den Unfall und damit auch die Körperverletzungen der beiden Insassinnen des Wagens schuldhaft fahrlässig verursacht hat. Der Angekl. wäre daher wegen fahrlässiger Körperverletzung gemäß § 230 StGB. zu bestrafen, wenn die Verletzten den gemäß § 232 Abs. 1 StGB. vorgeschriebenen Strafantrag gestellt hätten, oder wenn der einen solchen Strafantrag nicht erfordernde Fall des § 230 Abs. 2 StGB. vorläge. Da die Verletzten keine Strafanträge gestellt haben, stützt die An-

klagebehörde die Anklage wegen fahrlässiger Körperverletzung darauf, daß der Angekl. die Körperverletzung unter Außerachtlassung der Aufmerksamkeit verursacht habe, zu der er vermöge seines Berufes besonders verpflichtet gewesen sei. Der Angekl. hat hierzu selbst angegeben, daß er seinen Kraftwagen häufig dazu benutzt, seine außerhalb C. wohnenden Kunden aufzusuchen. Die Anklage stützt sich infolgedessen darauf, daß nach der immer noch herrschenden Rspr. des RG. auch den die erhöhte Aufmerksamkeitspflicht des § 230 Abs. 2 StGB. trifft, der die fragliche Tätigkeit zwar nicht als Hauptberuf ausübt, wohl aber als Nebenverrichtung zur Erleichterung der Durchführung seines eigentlichen Berufes.

In dieser sogenannten „Berufsfahrerfrage" (der Ausdruck ist trotz seiner Ungenauigkeit mangels einer ebenso kurzen aber treffenderen Bezeichnung immer noch geläufig geblieben) nimmt das erkennende SchöffG. den Standpunkt ein, daß „die erhöhte Aufmerksamkeit, zu der ein Täter vermöge seines Amtes, Berufes oder Gewerbes besonders verpflichtet ist" (§§ 222 Abs. 2, 230 Abs. 2 StGB.), im Straßenverkehrsrecht nur dem obliegt, dessen Amt, Beruf oder Gewerbe gerade der Kraftwagen ist, also dem berufsmäßigen Kraftwagenführer, sei er selbst der Halter des Wagens oder dessen Angestellter. Die bisher noch herrschende Rspr. der oberen Gerichte, die den Kreis der „Berufsfahrer" bedeutend weiter zog, ist schon früher von dem überwiegenden Teil des Rechtsschrifttums mißbilligt und bekämpft worden. Seit der im Rechtsschrifttum, in den beteiligten Verkehrskreisen und in der gesamten Öffentlichkeit vielbeachteten Entsch. des AG. Alzenau vom 28. Okt. 1937 (JW. 1937, 3021[3]) ist die Frage wieder besonders lebhaft erörtert worden. Aus dem neuen Schrifttum sei hier nur folgendes angeführt (Strobel: DAR. 1936 Sp. 67; Graefe: DRechtspfl. 1938, 73; Zeiler: ebenda 1938, 105; Braun: AkadZ. 1938, 511; Loebell: JW. 1936, 2771; Bruniecki: JW. 1938, 298; AllgAutomobilZ. v. 11. Dez. 1937 Nr. 50 S. 1461; NS.-Rechtsspiegel 1938 Nr. 1 S. 2, Nr. 3 S. 1 und Nr. 6 S. 4; NSKKMann: „Kommt der Berufsfußgänger?" v. 12. März 1938, 2. Folge S. 1). In der Rspr. hat sich außer dem AG. Alzenau insbes. das OLG. Hamm in einem Urteil vom 18. Jan. 1937 (2 Ss 269/37: JW. 1938, 580[5]) dahin ausgesprochen, daß eine Verpflichtung zu der von dem Gesetz geforderten besonderen Aufmerksamkeit nur für „eine solche Tätigkeit besteht, die zum eigentlichen Beruf des Täters gehört, diesem Beruf eigentümlich ist."

Mag es hier immerhin Grenzfälle und Übergänge geben, deren Einreihung schwierig bleibt (was besonders Zeiler a. a. O. hervorhebt), so erscheint es im Interesse der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit doch unbedingt erforderlich, die notwendigen Unterscheidungen so eindeutig wie irgend möglich zu treffen. Gerade auf dem Gebiete des Verkehrsrechts, das doch praktisch gesehen jeder Mensch, ob Jung oder Alt, kennen und beherrschen muß, muß Einfachheit, Verständlichkeit und Klarheit der Rechtsregeln das erste und beherrschende Gebot sein. So kann es bei unserer Frage nicht auf die allzu kasuistische und schwierige Feststellung ankommen, in welchem Umfange das Kraftfahren als wesentliche Nebenverrichtung des eigentlichen Berufes betrieben wird (so RG. vom 13. Jan. 1938, 2 D 602/37: JW. 1938, 743[3]), sondern einzig darauf, ob gerade das Fahren das Amt, den Beruf oder das Gewerbe des Fahrers darstellt, oder ob er das Rad oder das Kraftfahrzeug nur als Verkehrsmittel oder Transportmittel zur Ausübung seiner andersartigen eigentlichen Tätigkeit benutzt. So erscheinen als „Berufsfahrer" der berufsmäßige angestellte Kraftwagenführer, der Taxifahrer, der Omnibusfahrer und der „Kapitän der Landstraße", dagegen weder der Arzt, noch der Kaufmann, der Rechtsanwalt oder der Reisende, und sogar auch nicht der aufs Feld fahrende Bauer (ähnlich Bruniecki a. a. O.). Mit Recht ist hier allgemein darauf hingewiesen worden, daß die durch die entgegengesetzte Rspr. bedingte Schlechterstellung des Berufstätigen gegenüber dem berufslosen Verkehrsteilnehmer mit dem gesunden Volksempfinden nicht in Einklang stehe (NS.-Rechtsspiegel Nr. 5 Dez. 1937; Böttcher: VölkBeob., Nordd. Ausg. v. 4. Dez. 1937 Nr. 338).

Das erkennende SchöffG. hat sich erst nach längerer und reiflicher Überlegung dazu entschlossen, dem RG. in dieser Frage nicht länger zu folgen. Es ist sich dabei bewußt gewesen, daß es im allgemeinen keineswegs dem Interesse der Rechtseinheit und Rechtssicherheit dient, wenn ein unteres Gericht von einer festen Rspr. der oberen Gerichte oder sogar des höchsten Gerichtshofes abweicht. Auf der anderen Seite aber darf es dem Richter der Front nicht versagt sein, in Fragen, in denen die der Rspr. des RG. entgegengesetzte Meinung in den Kreisen der Sachverständigen, des Schrifttums und auch in der Rspr. unterer und oberer Gerichte bereits eine so starke Vertretung gefunden hat, sich dieser Meinung anzuschließen. Hier kommt, wie das erkennende SchöffG. bereits in seinem „Bahnschrankenurteil" vom 11. April 1938 (6 Ms 23/38: JW. 1938, 1639[1]; DAR. 1938 Nr. 6 Sp. 207; NSKK-Mann 1938, Folge 16 S. 2; VölkBeob. v. 9. Juni 1938 Nr. 160 S. 4; „Das Schwarze Korps" 1938, Folge 24 S. 12; NS.-Rechtsspiegel 1938 Nr. 13 S. 3) betont hat, gerade der Stellung des weltanschaulichen Schrifttums der nationalsozialistischen Bewegung eine besondere Bedeutung zu. Sie kann und muß bei der Deutung und Anwendung der alten wie der neuen Gesetze einen maßgeblichen Einfluß ausüben, weil sie die dynamische Entwicklung des völkischen Geschehens und der nationalsozialistischen Weltanschauung wiederspiegelt. Diese nationalsozialistische Weltanschauung wieder aber muß, wie für jeden Deutschen, so auch für den deutschen Richter Richtschnur und höchstes Gesetz seines Handelns sein (s. den Aufsatz: „Der Richter — ein Rechtsschöpfer": NS.-Rechtsspiegel 1938 Nr. 1 S. 1).

Als eine unerwünschte Folge der Einschränkung des Kreises der „Berufsfahrer" mag es allerdings erscheinen, daß hierdurch ein großer Teil der Verkehrsdelikte, soweit die dabei erfolgte fahrlässige Körperverletzung eines anderen Verkehrsteilnehmers in Frage steht, gemäß § 232 Abs. 1 StGB. nur noch auf Antrag des Verletzten verfolgt werden kann. Die hieraus etwa entspringende Bevorzugung des kapitalkräftigen Fahrers, der durch schnelle und reichliche Befriedigung der Ansprüche des Verletzten diesen von der Stellung eines Strafantrages abhalten kann und so nur noch die geringfügigen Übertretungsstrafen der StraßVerkO. oder der StraßVerkZulO. zu fürchten hat (außer der allerdings schwerwiegenden Entziehung der Fahrerlaubnis), erscheint rechtspolitisch zwar unerwünscht. Ebenso mag in vielen Fällen die dann nur noch bestehende Strafspanne von im Höchstfalle sechs Wochen Haft oder 150 *RM* Geldstrafe der Forderung einer nachdrücklichen Bestrafung des Verkehrssünders nicht entsprechen (s. die Rede des RMin. Dr. Goebbels anläßlich der Unfallverhütungsaktion v. 24. Juni 1938: VölkBeob. v. 26. Juni 1938 Nr. 177 S. 9 = DAR. 1938 Nr. 7 Sp. 217 ff.). Diese Folgen liegen jedoch so eindeutig im Rahmen des positiven Gesetzes, das auch in seiner neuesten Fassung die reinen Verstöße gegen die Verkehrsordnung nur als Übertretungen ansieht, daß hier nur der Gesetzgeber Abhilfe schaffen könnte. Es erscheint aber jedenfalls nicht angängig, eine hier mögliche Unbilligkeit durch eine noch größere beseitigen zu wollen, die darin besteht, daß man dem mit den Pflichten und Sorgen eines Berufes Beladenen eine größere Aufmerksamkeit und höhere Verantwortung im Straßenverkehr zumuten und ihn gegebenenfalls härter bestrafen will, als den reichen Müßiggänger, der mit seinem schweren und schnellen Wagen Straße und Verkehr 100 Mal mehr benutzt und belastet. Im übrigen erscheint es in einer Zeit der stürmisch fortschreitenden Motorisierung wohl einzig richtig, daß Maß der Aufmerksamkeit für alle Verkehrsteilnehmer grundsätzlich möglichst gleich zu bestimmen, und die Berücksichtigung individueller Unterschiede bei Verstößen gegen diese gleichen Verkehrspflichten der Strafverfolgung und letztlich der Strafbemessung zu überlassen.

Was die Frage der Antragsdelikte angeht, so kann übrigens erwartet werden, daß das künftige Strafrecht die Abhängigkeit der staatlichen Strafverfolgung von dem Willen des Verletzten gänzlich beseitigen wird (Schäfer bei Gürtner, „Das kommende Deutsche Strafrecht", Bes. Teil, 2. Aufl. 1936, S. 564 ff.).

Obwohl sich also der Angekl. der fahrlässigen Körperverletzung der Zeuginnen H. und St. schuldig gemacht hat, mußte das Verfahren insoweit eingestellt werden, da es an der Verfahrensvoraussetzung des notwendigen Strafantrages fehlt.

Der Angekl. hat sich jedoch, wie bereits ausgeführt, dadurch einer Übertretung der §§ 2 Abs. 1, 71 StraßVerkZulO. schuldig gemacht, daß er im alkoholbeeinflußten Zustande einen Kraftwagen geführt hat, und er ist ferner gemäß §§ 1, 49 StraßVerkO. zu bestrafen, weil er sich als Teilnehmer am öffentlichen Straßenverkehr nicht so verhalten hat, daß er den Verkehr nicht gefährdete und andere nicht schädigte. Beide Straftaten, die in Tateinheit begangen worden sind (§ 73 StGB.), stellen nur Übertretungen dar, die mit Geldstrafen bis zu 150 *RM* oder mit Haft (bis zu sechs Wochen, § 18 Abs. 1 StGB.) bedroht sind.

Bei der Strafbemessung ist das SchöffG. von folgenden Erwägungen ausgegangen.

Der Angekl. ist 49 Jahre alt und bisher unbestraft und unbescholten. Er ist verheiratet und hat zwei Kinder. Er hat den ganzen Weltkrieg mitgemacht, zuletzt als Unteroffizier, und ist mit dem EK. II und dem Frontkämpferehrenkreuz ausgezeichnet worden. Kraftfahrer ist er seit 13 Jahren, ohne bisher wegen eines Verkehrsdeliktes bestraft worden zu sein. Unter diesen Umständen erschien bei seiner ersten Straftat die Verhängung einer Freiheitsstrafe nicht angemessen. Das Gericht hat von der Persönlichkeit des Angekl. nicht den Eindruck gewonnen, daß er zu einer Mißachtung der staatlichen Gesetze und der Grundsätze der Volksgemeinschaft neigt, es hat sich vielmehr bei der Tat des Angekl. offenbar mehr um eine einmalige leichtsinnige Verfehlung gehandelt. Die Nachwirkungen und Nebenwirkungen einer Freiheitsstrafe, auch wenn es sich nur um eine geringe Haft-

strafe handeln würde, würden bei dem Alter und den Beruf des Angekl., dessen Einkommen bescheiden ist, den gewollten und notwendigen Strafzweck weit überschreiten. Unter diesen Umständen erschien die verhängte Geldstrafe von 100 RM angemessen.

(SchöffG. Cottbus, Urt. v. 29. Juli 1938, 6 Ms 42/38.)

*

5. AG. — § 24 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 RStraßVerkO. v. 13. Nov. 1937. Zur Frage der „Laternengarage". Die Vorschrift darf im Interesse der Förderung des Kraftfahrzeugverkehrs nicht engherzig ausgelegt werden. Es kommt nicht darauf an, wie weit die fremden Lichtquellen von dem Standort des Wagens entfernt sind, sondern nur darauf, ob die allgemeinen Beleuchtungsverhältnisse derart sind, daß der Wagen — besonders in seinen seitlichen Begrenzungen — für jeden anderen Verkehrsteilnehmer auf genügende Entfernung so deutlich erkennbar gemacht ist, daß die Gefahr eines Zusammenstoßes nicht besteht.

(AG. Cottbus, Urt. v. 13. Juli 1938, 8 Js 24/38.)

Zivilrecht

Bürgerliches Gesetzbuch

6. RG. — §§ 254, 278, 831, 839 BGB.

1. Das Vorhandensein einer anderweitigen Ersatzmöglichkeit schließt den Klageanspruch aus § 839 BGB. aus, selbst wenn sie dem Kl. vor Klagerhebung nicht bekannt war. Rechtsgrund für die Haftung des Beamten und für den Ersatzanspruch gegen den Dritten brauchen nicht gleichartig zu sein; es genügt, wenn der Ersatzanspruch aus den gleichen tatsächlichen Vorgängen erwächst.

2. Das Vertrauen in die Zuverlässigkeit des Notars überhebt den Darlehnsgeber nicht jeder eigenen verkehrsgebotenen Sorgfalt.

1. Das BG. erblickt die den Bekl. zum Schadensersatz aus § 839 BGB. verpflichtende fahrlässige Amtspflichtverletzung darin, daß er in seinem an die Rechtsvorgängerin der Kl., eine Großbank, gerichteten Schreiben v. 4. April 1930 über die Belastungen des W.schen Grundstücks sich so unklar und unvollständig ausgedrückt habe, daß jene in den Irrtum versetzt wurde, die ihr von dem Kreditnehmer W. angebotenen Teilgrundschulden von 1,790 und 2,156 kg Feingold seien erststellige Sicherheiten, über die der Inhaber unbeschränkt verfügen könne. Diese Auffassung begegnet keinen rechtlichen Bedenken. Das Schreiben war in der Tat mißverständlich abgefaßt und geeignet, die Empfängerin der Mitteilung in der angedeuteten Richtung irrezuführen. Es kann auch nicht zweifelhaft sein, daß diese Irreführung dem Bekl. als eine Verletzung der ihm als Notar der Rechtsvorgängerin der Kl. gegenüber obliegenden Amtspflicht zur Last zu legen ist. Der Bekl. war seitens der Bank von der beabsichtigten Kreditbewilligung in Kenntnis gesetzt und mit der Beurkundung der in Aussicht genommenen Sicherungsabtretungen betraut worden. Wenn er daraufhin, wie er dies in seiner langjährigen Beurkundungstätigkeit für die Bank auch sonst zu tun pflegte, zum Zweck der Aufklärung der Bank über die Belastungen des Grundbesitzes des Kreditnehmers das Grundbuch einsah oder durch einen seiner Angestellten einsehen ließ und alsdann der Bank das Ergebnis seiner Nachforschung mitteilte, so diente dies alles ohne Frage der unmittelbaren Vorbereitung des Beurkundungsaktes, dessen Vornahme ausdrücklich oder stillschweigend von dem Ergebnis der Grundbucheinsicht abhängig gemacht worden war. Dann war aber der Bekl. nicht auf Grund eines schuldrechtlichen Vertrages, sondern kraft seines Amtes als Notar verpflichtet, die Bank so sorgfältig über die Belastungsverhältnisse des Pfandgrundstücks ins Bild zu setzen, daß sie in der Lage war, sich über die Kreditgewährung an die Firma W. schlüssig zu werden. Diese Verpflichtung hat der Bekl. fahrlässig verletzt. Es hätte ihm bei einiger Aufmerksamkeit nicht entgehen können, daß die Bank aus seinem Aufklärungsschreiben falsche Schlüsse ziehen konnte.

Die Amtspflichtverletzung des Bekl. ist für den Schaden, den Kl. durch die Kreditgewährung an die Firma W. erlitten hat, ursächlich gewesen; die Bank ist zu der Kreditgewährung durch die falsche Auskunft veranlaßt worden. Die Kreditnehmerin ist nach Feststellungen heute zahlungsunfähig, eine Befriedigung aus den gegebenen Sicherheiten bei der Höhe der vorangehenden Belastungen des Pfandgrundstücks nicht zu erwarten.

Zu durchgreifenden Bedenken rechtlicher Art geben die Ausführungen Anlaß, mit denen das BG. die letzte Klagevoraussetzung, das Fehlen einer anderweitigen Ersatzmöglichkeit (§ 839 Abs. 1 Satz 2), begründet.

Das BG. streift als anderweitige Ersatzmöglichkeit nur die Möglichkeit einer allmählichen Befriedigung durch die Kreditschuldnerin, die es mit Recht ausscheidet. Dagegen läßt es die Frage ungeprüft, ob Kl. nicht auch von ihren Direktoren und den übrigen Angestellten der Zweigniederlassung, die mit der Kreditgewährung an die Firma W. befaßt waren, Ersatz wegen Verletzung der ihnen kraft ihres Dienstvertrages mit der Bank dieser gegenüber obliegenden Sorgfaltspflicht in der Bearbeitung der Kreditangelegenheit verlangen kann. Das BG. würdigt das Verhalten der genannten Personen nur unter dem Gesichtspunkt des mitwirkenden Verschuldens nach den §§ 278, 254 BGB. und kommt dabei, soweit es sich darum handelt, ob die Zweigniederlassung dem Hauptgeschäft gegenüber befugt war, die Kreditsumme vor der grundbuchmäßigen Umschreibung der Sicherheiten und vor der Genehmigung des Geschäfts durch die Zentrale in B. an den Kreditnehmer auszuzahlen, zu dem Ergebnis, daß diese Frage „als rein innere Organisationsfrage für die Erfüllung der nach außen bestehenden Sorgfaltspflichten belanglos" sei. Diese Ansicht ist vom Rechtsirrtum beeinflußt.

Das RG. hat wiederholt entschieden, daß § 839 Abs. 1 S. 2 BGB. als eine Schutzbestimmung zugunsten des auf Schadensersatz in Anspruch genommenen Beamten keine Gleichartigkeit des Rechtsgrundes für die Haftung des Beamten und für den Ersatzanspruch gegen den Dritten erfordert. Es genügt, wenn der Ersatzanspruch aus den gleichen tatsächlichen Vorgängen erwächst (RGZ. 138, 209 = JW. 1933, 778 [10]; RGZ. 145, 56 = JW. 1934, 2543 [4]; III 119/34 v. 26. Okt. 1934 = JW. 1935, 1084 [5]; RGZ. 152, 20 = JW. 1936, 3383 [4]). Danach hätte das BG. seine Prüfung, ob sämtliche Klagevoraussetzungen gegeben sind, auch darauf erstrecken müssen, ob Kl. den ihr durch die Kreditgewährung an die Firma W. erwachsenen Schaden von den oben bezeichneten Personen aus dem Rechtsgrunde schuldhafter Dienstvertragsverletzung ersetzt verlangen kann, bejahendenfalls, ob eine Inanspruchnahme dieser Ersatzpflichtigen Aussicht auf praktischen Erfolg verspricht. Mit Recht weist die Rev. darauf hin, daß das Vorhandensein einer anderweitigen Ersatzmöglichkeit den Klageanspruch ausschließt, selbst wenn sie dem Kl. vor Klagerhebung nicht bekannt war (RGZ. 145, 62 = JW. 1934, 2543 [4]). Hier war Kl. im ersten Rechtszuge und später wiederholt auf die „primäre" Haftung eines der genannten Angestellten aufmerksam gemacht worden. Die Möglichkeit, daß die damaligen Vorsteher der Kreditabteilung der Bank (Rechtsvorgängerin der Kl.) sich der letzteren durch die Art, wie sie die Kreditangelegenheit W. behandelt haben, ersatzpflichtig gemacht haben, ist nicht ohne weiteres von der Hand zu weisen. Das BG. zeigt selbst eine Reihe von Unterlassungen auf, die jenen Angestellten in ihrem Verhältnis zur Bank zur Last fallen könnten. Die in diesem Zusammenhang ebenfalls interessierende Frage, ob die Filiale gegenüber der Hauptniederlassung der Bank zur Vorvalutierung der Grundschulden berechtigt war, läßt es aber ganz offen.

Das BG. wird hiernach die Sachlage erneut zu prüfen haben.

2. Mit dieser Untersuchung wird das BG. eine erneute Prüfung des Sachverhalts unter dem Gesichtspunkt des eigenen Verschuldens der Bank oder ihrer Erfüllungsgehilfen nach den §§ 831, 278, 254 BGB. (vgl. RGZ. 141, 353 ff. = JW. 1933, 2643 [5]; V 52/33 v. 17. Juni 1933; DNotZ. 1934, 30 ff.) zu verbinden haben.

Kl. hätte bei genauer Prüfung der ihr mit Schreiben der Bekl. v. 7. April 1930 übersandten Abschrift der Urkunde vom 4. April 1930 erkennen können, daß diese ihrem Inhalte nach einen Widerspruch zu der Mitteilung des Bekl. v. 4. April 1930 enthielt, die Grundschulden von 1,790 und 2,156 kg Feingold ständen an erster Stelle. (Es folgen nun Ausführungen hierzu.)

Das BG. meint, die Bank habe den Umstand als eine ungenaue Fassung für belanglos halten können. Im übrigen sei sie im Hinblick auf die vorangegangene Tätigkeit des Bekl. zu einer ins einzelne gehenden Prüfung des Vertrages nicht verpflichtet gewesen.

Es scheint hiernach der Ansicht zu sein, daß die Kl. im Vertrauen auf die Zuverlässigkeit des Notars schlechthin jeder Notwendigkeit überhoben gewesen sei, das von dem Notar beurkundete Rechtsgeschäft einer eigenen Prüfung zu unterziehen, dies selbst dann, wenn sich ihr schon bei einer oberflächlichen, d. h. nicht ins einzelne gehenden Durchsicht der Urkunde Zweifel hinsichtlich des Sinnes der beurkundeten Willenserklärung aufdrängten. Dem kann nicht beigepflichtet werden. Das RG. führt in der Entsch. DNotZ. 1931, 184 ff. (187) aus, das Vertrauen in die Zuverlässigkeit des Notars überhebe den Darlehnsgeber nicht jeder eigenen verkehrsgebotenen Sorgfalt bei der Wahrnehmung seiner Belange, und zwar schon deshalb nicht, weil eine selbst noch so sorgfältige Amtsführung des Notars nicht gegen alle schadenstiftenden Ereignisse, namentlich nicht gegen Vertragsuntreue und unlautere Machenschaften des Schuldners, zu schützen vermöge; eine andere Beurteilung lasse sich nur in besonderen Fällen rechtfertigen. Daran ist festzuhalten. Es fehlt bislang an ausreichenden Feststellungen des BG., weshalb Kl. bzw. ihre Rechtsvorgängerin von der Verpflichtung befreit gewesen wäre, die ihr noch vor der Auszahlung der Kreditsumme übermittelte notarielle Abtretungserklärung des Kreditnehmers W. einer Nachprüfung zu unterziehen, die ihr die Fragwürdigkeit der abgetretenen Sicherheiten zur Kenntnis gebracht und sie annehmbar von der Kreditgewährung abgehalten haben würde.

Ebenso bedenklich ist die Ansicht des BG., die Überweisung des dem W. kreditierten Betrages von fast 12 000 *RM* vor der Erledigung der grundbuchlichen Eintragungen könne dem zuständigen Angestellten der Kl. nicht zum Vorwurf gereichen, weil die Vorvalutierung gerade dadurch sorgfältig vorbereitet gewesen sei, daß die angebotenen Sicherheiten von einem besonderen Fachkenner, dem Bekl., auf ihre grundbuchrechtliche Qualität geprüft worden seien. Die Auszahlung eines größeren Darlehns vor der Erlangung ausreichender grundbuchlicher Sicherungen ist in aller Regel ein gewagtes Unternehmen. Das verkennt auch das BG. nicht. Es will die vorzeitige Auszahlung im vorl. Falle nur deshalb nicht als ein Wagnis der Kl. gelten lassen, weil der Bekl. die Unbedenklichkeit der Sicherheiten geprüft und bestätigt habe. Auch hier gilt aber das vorhin von dem Vertrauen in die Zuverlässigkeit des Notars Gesagte. Das BG. übersieht auch, daß der Notar der Kl. bei aller Sorgfalt in der Wahrnehmung seiner Obliegenheiten, soweit die Beurkundung der Abtretungserklärung in Frage kam, nicht die Verantwortung für eine vorzeitige Auszahlung der Kreditsumme abnehmen konnte. Die Bank hätte alle Veranlassung gehabt, mit der Auszahlung der Kreditsumme weniger voreilig zu sein. Zumal einer Großbank mußten die Gefahren einer voreiligen Valutierung besonders bekannt sein (vgl. RG.: DNotZ. 1932, 252). Hätte die Bank die Umschreibung der Grundschulden und die Benachrichtigungen des GBA. mit den Grundschuldbriefen und der Tabellenabschrift abgewartet und hätte sie sodann, was unzweifelhaft ihre Pflicht gewesen wäre, den Bestand der übertragenen Sicherheiten nachgeprüft und auf diesem Wege deren Fragwürdigkeit und Unzulänglichkeit erkannt, dann wäre vielleicht in jenem Zeitpunkte noch der später in die Erscheinung getretene Schaden abgewandt worden.

(RG., V. ZivSen., U. v. 27. Juni 1938, V 20/38.) [R.]

*

**** 7. RG. — § 839 BGB.; § 7 KraftfG. Die gesamte mit der Briefbeförderung zusammenhängende Tätigkeit der Postbeamten ist — in Abweichung von der bisherigen Rspr. — als Ausübung öffentlicher Gewalt anzusehen. Amtspflichtsverletzung ist demnach auch die schuldhafte Verursachung eines Unfalles durch den Führer eines RP.Kraftwagens, der mit diesem in dienstlichem Auftrage Briefsendungen zu befördern hatte.**

1. Der BerR. bejaht die Haftung der beklagten Deutschen Reichspost aus Art. 131 WeimVerf. und § 839 BGB., indem er annimmt, der den Kraftwagen der Bekl. führende Postbeamte habe den Unfall in Ausübung öffentlicher Gewalt herbeigeführt, da er mit dem Kraftwagen in dienstlichem Auftrage Postsendungen zu befördern hatte. Es handelt sich daher vorweg um die Frage, ob dem BerR. darin beigetreten werden kann, daß die Beförderung von Postsendungen (Briefen und Paketen) durch die Bekl. Ausübung öffentlicher Gewalt ist.

Die bisherige Rspr. geht — wohl einheitlich — davon aus, daß die Deutsche Reichspost, soweit ihre staatsrechtliche Stellung und ihr verwaltungsmäßiger Aufbau als solche in Frage stehen, eine Hoheitsverwaltung des Reichs ist. Auch das Schrifttum vertritt diese Auffassung. Zu verweisen ist hierzu auf Aschenborn-Schneider, „Das Gesetz über das Postwesen des Deutschen Reichs", 2. Aufl., S. 36—39, wo auch die einschlägige Rspr. zusammengestellt ist. Besonders grundsätzlich kommt dieser Standpunkt in RG. VII. ZivSen.: RGZ. 83, 24, deutlich auch RG. VI. ZivSen. v. 28. Okt. 1924, VI 123/24: RGZ. 109, 101 = JW. 1925, 775 zum Ausdruck. Daß diese grundsätzliche Haltung rechtlich unbedenklich und auch nach der geschichtlichen Entwicklung gerechtfertigt ist, wird von Aschenborn-Schneider a. a. O. S. 39 und 40 überzeugend dargetan.

Dagegen ist bisher in der RGRspr. überwiegend angenommen worden, aus dieser öffentlich-rechtlichen Stellung der Deutschen Reichspost sei nicht zu folgern, daß die Tätigkeit aller an der Abwicklung des Postbetriebs mitwirkenden Beamten als Ausübung öffentlicher Gewalt anzusehen sei. So wird in RGZ. 109, 209 = JW. 1925, 942 die Ansicht des OLG. gebilligt, daß das Leeren der Briefkästen und das Sortieren der Briefe, ebenso aber auch die Beförderung von Briefen oder Paketen von einem Postamt zum andern oder zum Bahnhof, nicht als Ausübung öffentlicher Gewalt angesehen werden könne. Es wird angenommen, daß diese Tätigkeiten von Postbeamten im Rahmen des bürgerlich-rechtlichen Geschäftskreises der Deutschen Reichspost ausgeübt werden, der in dem Abschluß und der Durchführung von privatrechtlichen Beförderungsverträgen über Briefe und Pakete zu erblicken sei. Man hat diese Unterscheidung daraus hergeleitet, daß die Deutsche Reichspost auf der einen Seite zwar auch gemeinnützige Zwecke verfolge, auf der anderen Seite aber zugleich darauf abziele, dem Reich Einnahmen zu verschaffen. In der Entsch. des erk. Sen. (RGZ. 126, 28) ist ausgesprochen, man pflege ständig und zutreffend den Geschäftskreis der Postverwaltung insoweit als bürgerlich-rechtlich anzusehen, als ihr Betrieb im Abschluß und in der Ausführung von Verträgen über die Beförderung von Briefen, Paketen, Geldsendungen, in der Lieferung von elektrischer Kraft für Fernmeldeanlagen und in Geldgeschäften, ähnlich denen des sonstigen, z. B. des bankmäßigen Verkehrs, bestehe, und noch weiter ausgeführt, man pflege zum bürgerlich-rechtlichen Aufgabenkreis auch diejenigen Verkehrspflichten zu rechnen, die der Reichspost in Erfüllung ihrer bürgerlich-rechtlichen Aufgaben gegenüber Dritten, namentlich Straßenpassanten, in Hinsicht auf deren tunliche Sicherung vor den Gefahren des Verkehrs oblägen; dazu wird gesagt, auf Fälle dieser Art beziehe sich die ständige Rspr., von der abzugehen nicht in der Absicht des Senats liege. Von diesen Fällen wird aber der Fall geschieden, wo die Reichspost zu einem Dritten nur auf Grund ihrer Hoheitsrechte in Rechtsbeziehungen tritt. Demgemäß wird vom 6. ZivSen. des RG.: RGZ. 139, 149 = JW. 1933, 1189[11] daran festgehalten, daß die Reichspost bei der Beförderung von Paketen nicht in Ausübung öffentlicher Gewalt, sondern innerhalb ihres bürgerlich-rechtlichen Geschäftskreises handle. Dieselbe Unterscheidung scheint auch RG. 7. ZivSen.: RGZ. 141, 420 = JW. 1933, 2649[12] zugrunde zu liegen.

Die Auffassung des RG. hat auch im Schrifttum Billigung gefunden (vgl. Aschenborn-Schneider a. a. O. S. 41; Delius, „BeamtenhaftpflichtG.", 4. Aufl., S. 13 f.; Brand, „Deutsches Beamtengesetz" S. 240). Sie ist aber auch nicht unbestritten geblieben, wie die von Brand angeführten Schriftstellen zeigen.

In neuerer Zeit mehren sich im Schrifttum die Stimmen, die auf eine restlose Anerkennung der Deutschen Reichspost als Hoheitsverwaltung drängen. Auch die beklagte Deutsche Reichspost selbst hat im vorl. Rechtsstreit den Standpunkt eingenommen, daß auch die Ausübung der mit der Brief- und Paketbeförderung zusammenhängenden Tätigkeiten hoheitsrechtlichen

Charakter trage und öffentlich-rechtlichen Grundsätzen unterliege. Zu verweisen ist in dieser Beziehung ferner auf Ohnesorge: AkadZ. 1937, 85 f., und in Deutsche Verwaltung 1937, 259, auf Körner, „Postverfassungsrecht": ArchPostTel. 1936, 69 und in Deutsche Verwaltung 1937, 233, und auf Hellmuth, „Der Begriff der Reichsbeamten (Reichspostbeamten) i. S. der bürgerlich-rechtlichen Amtshaftung und i. S. der öffentlich-rechtlichen Staatshaftung, in Deutsche Verwaltung 1937, 269. Der letztere führt daselbst S. 271 aus, unter die öffentlich-rechtlichen Gesichtspunkte zählten ausnahmslos alle Formen und Arten von Dienstleistungen, die zum Wesens- und Daseinszweck der Deutschen Reichspost gehörten und im Rahmen der Benutzungsordnung und im Zusammenhang mit einer Anstaltsbenutzung, sei es bei ihrer Vorbereitung oder Durchführung, dargeboten würden. Er stellt diesen gegenüber lediglich den „allgemeinen bürgerlichen Rechtsverkehr". Schließlich sei noch verwiesen auf Schuster: Jahrb. d. Postw. 1937, 323 f., die Anwendbarkeit des Art. 131 WeimVerf. bei Verkehrsunfällen im öffentlichen Dienst unter besonderer Berücksichtigung der Deutschen Reichspost, wo — offenbar mit Rücksicht auf den vorl. Prozeß (siehe S. 347 f.) — zu dem gesamten Fragenkomplex und im besonderen auch zu der Rspr. des RG. Stellung genommen und die Auffassung vertreten wird, daß der gesamte Postdienst öffentlicher Dienst sei und eine hoheitliche Tätigkeit und eine Ausübung öffentlicher Gewalt darstelle.

In der neueren Rspr. ist zu der Frage nicht ausdrücklich Stellung genommen worden. Es mag aber auf die Entsch. des erk. Sen.: RGZ. 155, 333 = JW. 1937, 3036[25] verwiesen werden, wo ausgesprochen wird, daß die Inanspruchnahme der Deutschen Reichspost auf öffentlichem Recht, nicht auf privatem Vertrage beruhe, und der Vertrag, kraft dessen die Post in Erfüllung ihrer staatlichen Aufgaben den Fernsprechteilnehmern die Apparate zur Verfügung stellt, als ein Vertrag öffentlich-rechtlicher Natur bezeichnet wird.

Die Ausübung hoheitsrechtlicher Funktionen und öffentlich-rechtlicher Gewalt ist — in Abweichung von der bisherigen Rspr. (vgl. Art. 2 Ges. v. 28. Juni 1935 [RGBl. I, 844]) — jedenfalls insoweit zu bejahen, als es sich um die Tätigkeit der Bekl. wegen und bei der Beförderung von Briefen handelt. Auf diese Frage kann die Entsch. im vorl. Fall beschränkt werden. Denn nach dem Tatbestand — das ist unbestritten — diente der Kraftwagen, durch den der Unfall des Kl. verursacht worden ist, der Verteilung von Briefen und Paketen. Daß auch Pakete befördert worden sind, ändert an dem Charakter der Fahrt, wenn sich dieser durch die Beförderung von Briefen in besonderem Sinne gestaltet, natürlich nichts, wozu auch auf die Entsch. des 3. ZivSen. v. 18. Febr. 1938, III 145/37 hingewiesen sein mag. Andererseits besteht für die Entsch. des vorl. Falles kein Bedürfnis, die weitere Frage zu beurteilen, ob über die Briefbeförderung hinaus die übrige Tätigkeit der Deutschen Reichspost im ganzen oder im einzelnen als Ausfluß öffentlich-rechtlicher Funktionen zu behandeln ist. Daß bei der Beförderung von Paketen, wenn auch die Rechtslage im einzelnen eine andere sein mag als bei der Beförderung von Briefen, der Gedanke einer Gleichbehandlung mit dem Briefverkehr nahe liegt, bedarf keiner besonderen Hervorhebung.

Der Senat hat dabei folgendes erwogen:

Außer jedem Zweifel steht, daß die Bekl. als solche, ihrer Organisation, ihrer staatsrechtlichen Stellung und ihrer verwaltungsmäßigen Gliederung nach als eine Reichshoheitsverwaltung anzusprechen ist. Das ergibt sich schon aus Art. 88 der WeimVerf., wonach das Post- und Telegraphenwesen samt dem Fernsprechwesen ausschließlich Sache des Reiches ist. Es bedarf insoweit keiner weiteren Ausführungen. Bemerkt sei nur, daß sich durch die Bestimmungen des ReichspostfinanzG. v. 18. März 1924 (RGBl. I, 287) i. d. Fass. der AndG. v. 15. Juli 1926 (RGBl. I, 410), 28. Juli 1930 (RGBl. I, 420) und 7. Jan. 1931 (RGBl. I, 3) sowie durch das Ges. zur Vereinheitlichung und Verbilligung der Verwaltung v. 27. Febr. 1934 (RGBl. I, 130), durch dessen § 7 das ReichspostfinanzG. aufgehoben worden ist, die Stellung der Bekl. als Hoheitsverwaltung nicht verändert hat. Wenn auch das Vermögen des Reichs, das dem Betriebe der Deutschen Reichspost gewidmet und in ihm erworben ist, und alle öffentlichen und privaten Rechte und Verbindlichkeiten der Deutschen Reichspost als Sondervermögen von dem übrigen Vermögen des Reichs, seinen Rechten und Verbindlichkeiten getrennt zu halten sind und diese Bestimmung nicht nur haushaltmäßige Bedeutung hat, da nach § 2 Abs. 2 des letztgenannten Gesetzes für die Verpflichtungen der Deutschen Reichspost nur das Sondervermögen und dieses nicht für die sonstigen Verbindlichkeiten des Reichs haftet, so bleibt dennoch der Aufgabenbereich der Post Sache des Reichs und ist die Verwaltung der Deutschen Reichspost, deren Beamten unmittelbare Beamte des Reichs sind, eine der unmittelbaren Verwirklichung dieser Reichsaufgaben dienende Reichsverwaltung und sind diese Reichsaufgaben weiter ihrem Wesen nach öffentlich-rechtlicher Natur, soweit sie es vorher waren. Das Sondervermögen der Deutschen Reichspost ist ein Sondervermögen des Reichs, das lediglich verwaltungs- und haftungsmäßig vom übrigen Reichsvermögen abgetrennt worden ist. Die Deutsche Reichspost ist aber nicht etwa dem Reich gegenüber eine selbständige Körperschaft des öffentlichen Rechts, sondern ein Teil der Reichsverwaltung, und nimmt insoweit an der rechtlichen Stellung des Reichs teil. Dieser Standpunkt liegt offenbar auch der Entsch. des erk. Sen.: RGZ. 155, 333 = JW. 1937, 3036[25] zugrunde.

Diese Stellung der Bekl. als Hoheitsverwaltung hat aber, wie in Rechtslehre und Rspr. anerkannt ist, keineswegs die Folge, daß deswegen rechtsnotwendig der gesamte Aufgabenbereich der Deutschen Reichspost ein obrigkeitliches Gepräge tragen und ihre gesamte Tätigkeit öffentlich-rechtlicher Natur und Ausübung öffentlicher Gewalt sein müßte. Insoweit ist der bisherigen Rspr. auch weiterhin zu folgen.

Jede öffentlich-rechtliche Körperschaft, die Hoheitsaufgaben zu erfüllen hat, kann bei der Erfüllung dieser Aufgaben oder zum Zwecke ihrer Erfüllung sich auf den Boden des Privatrechtsverkehrs begeben, und unterliegt dann mangels abweichender Ordnung — was gleichfalls immer anerkannt worden ist, wenngleich die neuere Rechtsanschauung davon abzurücken beginnt — den Regeln dieses Privatrechtsverkehrs. Solches ist zweifellos der Fall, wenn diese öffentlich-rechtliche Körperschaft als Vermögensträger privatrechtliche Geschäfte tätigt, und auf diese Weise anderen privaten Vermögensträgern als gleichverpflichteter und -berechtigter Kontrahent gegenübertritt. Wenn eine Hoheitsverwaltung wie die Justizverwaltung, um den Papierbedarf der Justizbehörden zu decken, mit einem Papierlieferanten einen Lieferungsvertrag abschließt oder zur Ergänzung ihrer Büchereien bei einem Verleger Bücher bestellt, so nimmt auch vom heutigen Rechtsstandpunkte aus niemand an, daß diese Geschäfte bloß deswegen, weil auf der einen Seite eine Hoheitsverwaltung des Reichs beteiligt ist, öffentlich-rechtlicher Natur seien. Sie gehören dem Privatrechtsverkehr an, und die Hoheitsverwaltung beschreitet dabei als Vermögensträger des Reichs bewußt und gewollt den Weg des privaten Rechtsverkehrs. Diese Geschäfte gehören dem bürgerlich-rechtlichen Geschäftskreise des Hoheitsträgers oder der betr. öffentlich-rechtlichen Körperschaft an.

Darüber hinaus gibt es aber bestimmte Gruppen und Arten von Geschäften, die eine öffentlich-rechtliche Körperschaft und auch das Reich zur Erfüllung ihrer hoheitsrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Aufgaben betreiben, bei deren Tätigung und Durchführung sie sich aber gleichwohl wie jeder andere Unternehmer, der ein solches Geschäft in derselben Weise unternimmt, in den privaten Geschäftsverkehr hineinstellen. Der Bereich solcher Geschäfte beginnt, soweit das Reich in Frage kommt, bei der Ausführung der reinen Vermögensverwaltung und erstreckt sich auf diejenigen Gebiete, in denen das Reich selbst als Unternehmer auftritt, wie dies bei den Reichsbetrieben der Fall ist, etwa der Reichsdruckerei oder beim Betrieb von Forsten, Fabriken, Bergwerken usw. Dort nimmt das Reich wie jeder andere Unternehmer und neben diesem am privatwirtschaftlichen und privatrechtlichen Verkehr teil. Daß diese Unternehmen vorwiegend dem öffentlichen Interesse dienen, ändert daran nichts. Auch insoweit hat man bisher vom bürgerlich-rechtlichen Geschäftskreis des Reichs — oder einer anderen öffentlich-rechtlichen Körperschaft — gesprochen. Wie sich aus der eingangs angeführten Rspr. ergibt, ist auch das „Unternehmen" Deutsche Reichspost weitgehend, insbes. soweit der Abschluß und die Durchführung von Beförderungsverträgen in Frage kommt, als ein solcher dem bürgerlich-

rechtlichen Geschäftskreise des Reichs zugehöriger Betrieb angesehen worden.

Dabei ist jedoch folgendes zu beachten:

Auch im Rahmen eines solchen dem bürgerlich-rechtlichen Geschäftskreise angehörenden Betriebs des Reichs oder einer anderen öffentlich-rechtlichen Körperschaft können Handlungen vorgenommen werden, die ihrem Wesen nach nicht privatrechtlicher, sondern öffentlich-rechtlicher Natur sind. Man denke an Werkschutzmaßnahmen, an den Forstschutz, der polizeilichen Charakter trägt. Ebenso kann aber eine Verwaltung, die im bürgerlich-rechtlichen Geschäftskreis tätig zu werden hat, bei der Erfüllung ihrer Verwaltungsaufgaben obrigkeitliche Funktionen ausüben, und zwar zum Zwecke der Durchführung ihrer privatrechtlich zu beurteilenden Geschäfte. Das gilt z. B. für die Beitreibung von Gebühren (Postgebühren), die aus Geschäften des bürgerlich-rechtlichen Geschäftskreises entstanden sind und deren Zahlung unter Anwendung öffentlich-rechtlichen Zwanges herbeigeführt wird.

Ferner aber braucht nicht notwendig deswegen, weil das Reich oder eine andere öffentlich-rechtliche Körperschaft ein Unternehmen betreibt, das auch ein privater Unternehmer betreiben kann, dieses Unternehmen im bürgerlich-rechtlichen Geschäftskreis zu liegen, selbst dann nicht, wenn der Betrieb auch Gewinn abwerfen soll. Es wird vielmehr regelmäßig darauf ankommen, in welcher Weise die Ordnung des Betriebs und sein Aufgabenbereich geregelt sind. Das Reich — eine andere öffentlich-rechtliche Körperschaft nur in den ihrer Organisationsbefugnis gezogenen Grenzen — kann kraft seines Organisationsrechts Betriebe und Unternehmen, die bisher oder sonst privatwirtschaftlich betrieben worden sind oder werden und dem allgemeinen Rechtsverkehr unterliegen, an sich ziehen und eröffnen, um sie Zwecken der Gemeinschaft dienstbar zu machen, und als hoheitliche Aufgabenbereiche ausgestalten und betreiben. Soweit eine solche Organisationsbefugnis besteht, kommt es daher immer darauf an, ob für den gliederungsmäßigen Aufbau des Unternehmens und für seinen Betrieb eine Regelung erfolgt ist, die den Willen des — maßgeblichen — Hoheitsträgers aufzeigt, daß das Unternehmen im ganzen oder in gewissen Beziehungen nicht nach Art eines privaten Unternehmens in seinem bürgerlich-rechtlichen Geschäftskreis bleiben, sondern als eine im Rahmen seines obrigkeitlichen Tätigkeitsgebiets liegende öffentliche Aufgabe durchgeführt werden soll.

Das ist auf Grund der Regelung, die sich aus dem PostG. ergibt, jedenfalls für die Briefbeförderung der Deutschen Reichspost zu bejahen. Freilich ist bisher, wie oben dargelegt worden ist, das Gegenteil angenommen worden, indem man das Rechtsverhältnis zwischen Post und Absender einer Postsendung als einen dem Privatrecht angehörigen Vertrag angesehen und von da aus auf die rechtliche Natur des ganzen Beförderungsbetriebs geschlossen hat (vgl. Aschenborn-Schneider S. 148 f.). Diese Anschauung ist der Ausdruck der früher allgemein herrschenden privatrechtlichen Betrachtungsweise solcher Vorgänge und kann auch im PostG. keine überzeugende Stütze finden, ist aber jedenfalls mit der rasch vorwärts drängenden neueren Rechtsentwicklung und Rechtsbetrachtung nicht mehr zu vereinbaren.

Wenn das PostG. in § 50 Abs. 2 selbst von einem „Vertrag" spricht, so läßt sich daraus Zwingendes nicht folgern. Denn auf der einen Seite können Verträge und Abmachungen auch öffentlich-rechtliche Natur haben, sofern sie im öffentlichen Rechte wurzeln; auf der anderen Seite ist nicht zu übersehen, daß die Bedingungen dieses Beförderungs-„Vertrags" kraft gesetzlicher Ermächtigung einseitig durch „Reglement" der Postverwaltung festgesetzt werden. Im übrigen kann für die Frage, ob die Beförderung von Briefen durch die Bekl. Ausübung öffentlicher Gewalt darstellt, die Beurteilung des Rechtsverhältnisses zwischen Post und Absender nicht allein entscheidend sein. Maßgebend ist vielmehr in erster Linie die der Post kraft Gesetzes eingeräumte Stellung innerhalb der Volksgemeinschaft, gegenüber der Gesamtheit des Publikums, die Bedeutung ihres Aufgabengebietes für die Volksgesamtheit und die rechtliche Gestaltung der Durchführung dieser Aufgaben im ganzen. Ohnesorge kennzeichnet insoweit die Stellung und Tätigkeit der Bekl. dahin, daß ihr Charakter als Hoheitsverwaltung bestimmt werde durch ihre Stellung als einer Reichsverwaltung, durch ihre in der Ausübung der Post- und Fernmeldehoheit bestehende Tätigkeit und durch die von ihr bewirkte staatliche Führung und Fürsorge auf dem Gebiete des Post-, Fernmelde- und Postscheckdienstes (AkadZ. 1937, 385) und daß die Deutsche Post nicht als Einnahmequelle zu dienen, sondern der Allgemeinheit und dem Staate ein gut funktionierendes Nachrichtenwesen bereit zu stellen habe, und zwar ohne Rücksicht auf Gewinn (Deutsche Verwaltung 1937, 257 [„Nachrichtenpolitik"]).

Im übrigen aber ergibt sich aus dem PostG. (§ 1 f.) hinsichtlich der Briefbeförderung, daß die Deutsche Reichspost auf diesem Gebiete ein Alleinrecht und ein Zwangsrecht besitzt: andere Unternehmer sind bei der Beförderung von Briefen ausgeschlossen. Wer Briefe befördern lassen will, muß sich regelmäßig ihrer Einrichtungen bedienen. Sie unterliegt selbst dem Beförderungszwang, d. h. sie muß im Interesse des Verkehrs — vorbehaltlich gewisser Ausnahmen (§ 5) — dem einzelnen Volksgenossen dienstbar sein. Nach § 5 ist das dem Briefe und damit der Beförderung durch die Post „anvertraute fremde Geistes- und Gedankengut dem besonderen Schutze des Postgeheimnisses unterstellt" (Ohnesorge: Deutsche Verwaltung 1937, 258) und nach § 25 ist sie berechtigt, die ihr zustehenden Gebühren durch Anwendung von Verwaltungszwang unmittelbar beizutreiben. Nicht wie ein privater Unternehmer, nicht um privatrechtliche Geschäfte zu tätigen und Gewinn zu erzielen, sondern als Hoheitsträger, der die Posthoheit des Reiches ausübt, in obrigkeitlicher und fürsorgender Betätigung, in Ausübung öffentlicher Gewalt tritt demnach die Bekl., wenigstens soweit es sich um die Beförderung von Briefen handelt, dem Publikum entgegen, und sie erfüllt dabei eine der Volksgesamtheit dienende Aufgabe kraft der von ihr ausgehenden Befugnis und Verpflichtung. Dabei ist es gleichgültig, ob das Rechtsverhältnis zwischen ihr und dem einzelnen Benutzer ein öffentlich-rechtlicher Vertrag ist oder sich schlechthin als ein öffentlich-rechtlicher Akt darstellt. Ferner kommt es auch nicht darauf an, wie im einzelnen die Regelung erfolgt und die Haftung der Post geordnet ist, worauf Aschenborn-Schneider S. 149 für ihre gegenteilige Meinung viel Gewicht legen.

Hiernach kann aber nur die gesamte mit der Briefbeförderung zusammenhängende Tätigkeit der Postbeamten als Ausübung öffentlicher Gewalt erscheinen. Es muß insoweit an dem in RGZ. 156, 230 = JW. 1938, 669[15] ausgesprochenen Standpunkt festgehalten werden, daß es nicht angeht, eine einheitliche Aufgabe, wenn sie ihrem Wesen nach öffentlich-rechtlicher Natur ist, in einzelne Tätigkeitsakte aufzuspalten und diese daraufhin zu untersuchen, ob sie für sich getrennt besehen unmittelbar der Ausdruck dieses Wesens sind. Der gesamte Tätigkeitsbereich, der sich auf die Erfüllung dieser Aufgabe bezieht, muß als Einheit behandelt werden. Dann ist aber die Entgegennahme von Briefpostsendungen, das Sortieren der Briefe, ihre Zustellung ebenso öffentlich-rechtlicher Natur, wie die Beförderung der Briefe von einem Ort zum andern mittels Kraftwagens.

Dem OLG. ist demnach darin beizutreten, daß der Beamte der Bekl., der den Unfall des Kl. schuldhaft verursacht hat, bei der Führung des Kraftwagens in Ausübung öffentlicher Gewalt tätig geworden ist.

2. Es fragt sich weiter, ob demgemäß die Bekl. für Unfälle, die sich bei einer Dienstfahrt eines zur Briefpostbeförderung eingesetzten Kraftwagens der Deutschen Reichspost ereignet haben, deswegen haften muß, weil der Beamte eine ihm dem Verletzten gegenüber obliegende Amtspflicht verletzt hat. Das RG. hat diese Frage in ständig festgehaltener Rspr. bejaht. Dabei sind zwei Gesichtspunkte ausschlaggebend. In erster Linie hat jeder Beamte, der in Ausübung öffentlicher Gewalt ein — nicht dienstfremdes — Amtsgeschäft vornimmt — hier die Führung des Kraftwagens im Rahmen der Briefpostbeförderung — jedem Dritten gegenüber die Amtspflicht, sein Amt so zu gebrauchen, daß jedenfalls ein dritter Unbeteiligter dadurch nicht geschädigt wird. Das ist auch noch in RGZ. 139, 152 = JW. 1933, 1189[11] ausgesprochen worden. Diese Pflicht kennzeichnet sich als eine Fürsorgepflicht, die dahin geht, daß die mit der Amtsausübung und der Ausübung öffentlicher Gewalt verbundenen Mittel streng in den Schranken der Amtsausübung gebraucht werden müssen und daß bei der Amtsausübung in keiner

Weise in den Bereich Unbeteiligter eingegriffen werden kann. Ferner aber hat der erk. Sen. immer daran festgehalten, daß § 839 BGB. unerlaubte Handlungen i. S. des § 823 daselbst mit einschließt (RGZ. 154, 117 = JW. 1937, 1706[5], 1967[5] m. Anm. und RGZ. 155, 257 = JW. 1937, 3244[40]). M. a. W.: Hat ein Beamter in Ausübung öffentlicher Gewalt ein dienstbezügliches Amtsgeschäft vorgenommen und dabei eine unerlaubte Handlung i. S. des § 823 BGB. begangen — hier fahrlässig die Gesundheit eines Dritten verletzt —, so hat er gleichzeitig eine ihm dem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht verletzt. Ist die Amtsausübung Ausübung öffentlicher Gewalt, so ist die Frage nach dem Zusammenhang zwischen der für den Schaden ursächlichen Betätigung und der Ausübung öffentlicher Gewalt nicht mehr aufzuwerfen. Dieser Zusammenhang ist naturnotwendig gegeben.

Wenn in jüngster Zeit in mehreren Fällen mehr darauf abgestellt worden ist, ob die Einhaltung der Verkehrspflichten durch den beamteten Kraftfahrer eine ihm den übrigen Straßenbenutzern gegenüber obliegende Amtspflicht darstelle, so geschah das in Grenzfällen, mit denen der vorl. Fall nicht zu vergleichen ist. Im übrigen aber ist diese Betrachtungsweise der Rspr. des RG. in den Fällen eigen, in denen ein Beamter im bürgerlich-rechtlichen Geschäftskreis einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft gehandelt hat. Für diese Fälle hat die Rspr. allerdings angenommen, daß die Einhaltung der Verkehrsvorschriften keine besondere Amtspflicht darstellt. Im vorl. Fall kommt das aber nicht in Betracht. Damit widerlegen sich auch die Einwendungen, die Thoß: JW. 1937, 662, Schuster: Jahrb. des Postw. 1937, 330 f. und Wagner in Anm. zu RG.: JW. 1938, 866[20] = RGZ. 156, 401 erhoben haben.

Schließlich kommt noch folgendes in Betracht:

In ihrem bürgerlich-rechtlichen Geschäftskreis haftet eine öffentlich-rechtliche Körperschaft für Handlungen eines Beamten neben dem Beamten, soweit ihr nicht mit Bezug auf die von dem Beamten verwirklichte unerlaubte Handlung der Entlastungsbeweis aus § 831 BGB. gelingt. Steht aber eine Amtshandlung eines Beamten in Frage, die nicht dem bürgerlich-rechtlichen Geschäftskreis angehört, so würde, wenn der Begriff der Amtspflicht zu eng gefaßt würde, die Haftung der öffentlich-rechtlichen Körperschaft unter dem Gesichtspunkt der unerlaubten Handlung nach § 839 BGB. entfallen, aber auch die Haftung nach §§ 823 ff., 831 BGB., weil die Körperschaft für unerlaubte Handlungen ihrer Beamten, die im Bereich der Ausübung öffentlicher Gewalt begangen werden, nur nach Art. 131 WeimVerf. und dem RHaftG. v. 22. Mai 1910 sowie den einschlägigen Landesgesetzen, also nur bei Verletzung einer Amtspflicht haftet. Auch der Beamte selbst würde nicht haften, da ein Beamter, der in amtlicher Eigenschaft eine zum Schadensersatz verpflichtende Handlung begeht, persönlich immer nur nach Maßgabe des § 839 BGB. ersatzpflichtig gemacht werden kann (vgl. RGZ. 155, 268 = JW. 1937, 3244[40]), also gleichfalls nur, wenn er eine ihm dem Geschädigten gegenüber obliegende Amtspflicht verletzt hat. Es ergibt sich also eine Lücke, die nicht i. S. der Gesetzgebung liegen kann. Daß im vorl. Falle die Bekl. der beschränkten Gefährdungshaftung nach § 7 KraftfG. unterliegt, ist eine besondere Sachgestaltung, wodurch die von der Bekl. vertretene einschränkende Auslegung des § 839 BGB. nicht gerechtfertigt wird.

(RG., III. ZivSen., U. v. 13. Mai 1938, III 167/37.) [Ba.]

*

8. KG. — § 1708 BGB.; § 767 ZPO. Die Verpflichtung des Vaters eines unehelichen Kindes zur Zahlung von Unterhalt für die Vergangenheit wird auch nach der neueren Rechtsauffassung nicht dadurch berührt, daß er während eines längeren Zeitraumes erwerbslos war. Ist der Vater eines unehelichen Kindes zur Zahlung von Unterhalt verurteilt worden, so ist für eine Klage auf Feststellung, daß er während eines bestimmten Zeitraumes, auf den sich die Verurteilung erstreckt, nicht zur Zahlung verpflichtet sei, das AG. zuständig.

Der Antragsteller ist durch amtsgerichtliches Urteil zur Zahlung von Unterhalt an die Antragsgegnerin verurteilt worden; ab Juni 1926 beträgt die Rente, zu deren Zahlung er verurteilt worden ist, 40 *RM* monatlich. Da der Antragsteller v. 1. Aug. 1927 bis zum 20. April 1933 ohne feste Stellung war und nur ein ganz geringes Einkommen hatte, war er nicht imstande, die Unterhaltsrente für diese Zeit zu zahlen. Zusammen mit früheren Rückständen beläuft sich der Gesamtrückstand auf über 3000 *RM*. Der Antragsteller ist der Meinung, daß er trotz der Bestimmung des § 1708 BGB. nicht verpflichtet sei, Unterhalt für eine Zeit zu zahlen, in der er selbst keinerlei Einkommen gehabt habe. Er beabsichtigt, gegen das Kind Klage mit dem Antrag zu erheben, festzustellen, daß er in der Zeit v. 1. Aug. 1927 bis zum 20. April 1933 nicht unterhaltspflichtig gewesen sei, und er hat beantragt, ihm für diese Klage das Armenrecht zu bewilligen.

Das LG., vor dem er diese Klage zu erheben beabsichtigt, hat das Armenrecht versagt. Die Beschw. gegen den Beschluß des LG. ist nicht begründet.

Der Ansicht des Antragstellers, daß die Anwendung des § 1708 BGB. dann abzulehnen sei, wenn zwischen der Unterhaltsforderung des Kindes und der Leistungsfähigkeit des Vaters ein Mißverhältnis bestehe, ist verfehlt. Nicht nur der „formelle Wortlaut" — wie der Antragsteller meint —, sondern der eindeutige und klare Sinn des § 1708 BGB. ergibt, daß der Vater des unehelichen Kindes ohne jede Rücksicht auf seine Leistungsfähigkeit zum Unterhalt entsprechend der Lebensstellung der Mutter verpflichtet ist. Auch der völlig vermögenslose und ein Einkommen nicht beziehende Vater ist also zum Unterhalt verpflichtet; der Sinn des § 1708 BGB. würde in sein Gegenteil verkehrt werden, wollte man die Leistungsfähigkeit des Vaters in irgendeiner Weise berücksichtigen. Es kann auch nicht anerkannt werden, daß die neuere Rechtsentwicklung den § 1708 BGB. insoweit außer Kraft gesetzt habe; einmal ist es nicht Aufgabe des Richters, dem Gesetzgeber vorzugreifen und gesetzliche Vorschriften deswegen nicht anzuwenden, weil er der Meinung ist, sie vertrügen sich nicht mehr mit neueren Anschauungen. Weiter aber geht die Rechtsentwicklung keineswegs dahin, die unehelichen Kinder schlechter als früher zu stellen; das Gegenteil ist der Fall.

Die Ansicht des Antragstellers, daß durch die Neufassung des § 850 ZPO. das uneheliche Kind dem ehelichen gleichgestellt worden sei, ist offenbar unrichtig; die Regelung des Vollstreckungsrechts ist überhaupt für die Frage nach dem Bestand des Anspruchs ohne Bedeutung; es ist selbstverständlich, daß der Gesetzgeber durch die Neufassung des § 850 ZPO. die Bestimmung des § 1708 BGB. weder mittelbar noch unmittelbar hat außer Kraft setzen wollen.

Verfehlt ist weiter der Hinweis des Antragstellers auf die Vorschrift des § 323 ZPO.; es kann dahingestellt bleiben, ob trotz der Bestimmung des § 323 Abs. 3 ZPO. eine Abänderung für die Zeit vor Klagerhebung zulässig ist; hier kommt es darauf deswegen nicht an, weil — wie oben dargelegt — die Leistungsfähigkeit des Vaters ohne Belang ist; auch wenn also der Antragsteller schon zu Beginn seiner Arbeitslosigkeit Klage aus § 323 ZPO. erhoben hätte, hätte er damit keinen Erfolg haben können. Daraus folgt, daß er erst recht nicht heute mit einer nachträglichen Abänderung durchdringen kann.

Verfehlt ist auch der Hinweis des Antragstellers auf das Gesetz über die Befreiung von Fürsorgekosten v. 22. Dez. 1936. Durch dieses Gesetz sind gerade nur die Ansprüche der Fürsorgebehörden, nicht aber die Ansprüche der Unterhaltsberechtigten selbst berührt worden; hätte der Gesetzgeber alle rückständigen Unterhaltsansprüche beseitigen wollen, so hätte er dies ausgesprochen; aus der Beschränkung auf die den öffentlich-rechtlichen Verbänden zustehenden Ansprüche ergibt sich klar, daß er keineswegs alle Unterhaltsansprüche hat treffen wollen. Gerade der vorl. Fall zeigt auch, daß eine solche Regelung zu höchst unbilligen Ergebnissen führen würde; denn nach dem eignen Vorbringen des Antragstellers hat bisher die Kindesmutter die Unterhaltskosten getragen. Wollte man die Unterhaltspflicht des Antragstellers für die Vergangenheit streichen, so würde dies darauf hinauslaufen, daß seine Unterhaltspflicht endgültig auf die Kindesmutter abgewälzt würde, ein dem Gesetz und vor allem jedem gesunden Volksempfinden widersprechendes Ergebnis. Dem Volksempfinden entspricht es nach wie vor, daß der Vater des unehelichen Kindes für dessen Unterhalt einsteht.

Abgesehen von diesen Erwägungen ist das Armenrecht auch deswegen zu versagen, weil die Zuständigkeit des LG. nicht gegeben ist. Der Umstand, daß der Antragsteller den von ihm beabsichtigten Antrag in die Form einer Feststellung gekleidet hat, ändert nichts daran, daß es sich in Wahrheit um eine Klage handelt, mit der eine Einwendung gegen den durch die früheren Urteile festgestellten Anspruch geltend gemacht werden soll. Es handelt sich also um eine Klage aus § 767 ZPO., die bei dem Prozeßgericht erster Instanz geltend gemacht werden muß.

(KG., 8. ZivSen., Beschl. v. 19. Juli 1938, 8 W 3157/38.)

*

**** 9. RG. — §§ 2039, 989, 990 BGB.**

1. Klagerecht des an einer fortgesetzten westfälischen Gütergemeinschaft (Ges. v. 16. April 1860) beteiligt gewesenen Abkömmlings in entsprechender Anwendung des § 2039 S. 1 BGB.

2. Nichtigkeit des Übergabevertrags des überlebenden Elternteils mit einem vorher „abgefundenen Kinde" wegen Verstoßes gegen § 10 Ges. v. 16. April 1860.

3. Anwendung der §§ 989, 990 BGB. auf das Verhältnis des buchmäßigen Eigentümers, der das Grundstück mit dinglichen Rechten belastet hat, zum wirklichen Eigentümer. Zur Frage des Verschuldens des Bucheigentümers, der es unterlassen hat, vor der Grundstücksbelastung Rechtsrat über die Gültigkeit des sein Bucheigentum begründenden Übergabevertrags einzuholen.

4. § 139 ZPO. Keine Pflicht des Gerichts, die Einführung eines neuen Anspruchs in den Prozeß anzuregen.

Die Parteien sind Halbbrüder. Ihr Vater, der im Jahre 1933 verstorbene Malermeister P., war dreimal verheiratet. In allen drei Ehen galt der Güterstand der westfälischen Gütergemeinschaft nach dem PrGes. betr. das eheliche Güterrecht in der Provinz Westfalen usw. v. 16. April 1860 (GS. 165). Die erste Ehe blieb kinderlos. Aus der zweiten gingen der Bekl. und drei Schwestern, aus der dritten der Kl. und zwei Brüder hervor. Die Kinder der zweiten Ehe wurden vor Eingehung der dritten vom Vermögen ihrer Mutter abgefunden. Nach dem Tode der dritten Frau setzte der Vater die Gütergemeinschaft mit dem Kl. und dessen beiden vollbürtigen Brüdern fort.

Durch notariellen Vertrag v. 18. Dez. 1928 übertrug der Vater das zum Vermögen der fortgesetzten Gütergemeinschaft dritter Ehe gehörige und dessen Hauptbestandteil ausmachende Hausgrundstück auf den aus der zweiten Ehe stammenden Bekl. Dieser erhielt den Besitz und wurde kraft Auflassung alsbald als Eigentümer im Grundbuch vermerkt. Auf Grund Bewilligung des Bekl. wurden weiterhin Darlehnshypotheken von 10 000 GM. für einen Dritten eingetragen.

Der Kl., der von seinem Vater testamentarisch auf den Pflichtteil gesetzt worden war, verlangte in einem Vorprozeß unter Berufung auf den Übergabevertrag von dem Bekl. zu einem Teilbetrag den Pflichtteil vom Muttererbe und zugleich den Pflichtteil vom väterlichen Nachlaß. Die Klage hatte beim LG. Erfolg. Das OLG. wies ab und erklärte den Übergabevertrag für nichtig, weil der Bekl. nicht i. S. des § 10 Ges. vom 16. April 1860 zu den „unabgefundenen Kindern" gehöre, unter denen ausschließlich der überlebende Ehegatte „durch Übertragsverträge oder letztwillige Verfügungen die Sukzession in das gemeinschaftliche Vermögen zu regeln für sich allein berechtigt" sei.

Auf Grund dieser Rechtsauffassung folgert der Kl. nunmehr aus der Nichtigkeit des Übergabevertrages, das Eigentum an dem übergebenen Grundstück sei den Erben seiner Eltern (dritte Ehe) verblieben und von dem Bekl. zu Unrecht belastet worden. Als Miterbe seiner Mutter verlangt der Kl. die Verurteilung des Bekl. zur Einwilligung in die Grundbuchberichtigung durch Eintragung der Erben der Eltern als Eigentümer sowie zur Befreiung des Grundstücks von den eingetragenen Belastungen. Die Klage ist ferner auf die Erteilung von Auskunft über die gezogenen Nutzungen und die mitübergebene Fahrnis sowie auf deren Herausgabe zur Nachlaßmasse gerichtet.

Der Bekl. bestreitet dem Kl. die Klagebefugnis, weil dessen mütterliches Erbteil für den Bekl. gepfändet und ihm zur Einziehung überwiesen worden ist. Weiter setzt der Bekl. dem Grundbuchberichtigungsanspruch ein Zurückbehaltungsrecht wegen Verwendungen auf das Grundstück sowie wegen verschiedener Forderungen an den Kl. persönlich zur Gesamthöhe von 9985,83 *RM* entgegen. Zur Freistellung des Grundstücks hält der Bekl. sich aus Rechtsgründen nicht für verpflichtet. Er behauptet auch, daß er das Darlehen von 10 000 GM. zur Tilgung nachgelassener Schulden des Vaters verwendet habe.

Das LG. hat durch Teilurteil dem Grundbuchberichtigungs- und dem Freistellungsanspruch stattgegeben. Auf Berufung des Bekl. ist der Freistellungsanspruch abgewiesen, im übrigen das erste Urteil bestätigt worden. Gegen die Teilabweisung der Klage richtet sich die Rev. des Kl., die erfolglos blieb.

1. Das Recht zur Vertretung des allein in die RevInst. gediehenen Freistellungsanspruchs entnimmt der Kl. dem § 2039 Satz 1 BGB. Ob diese Vorschrift hier unmittelbar eingreift, kann offen bleiben. Denn sie ist vom RG. im Anschluß an die ältere preußische Praxis in ständiger Rspr. auf die anderen Gesamtverhältnisse des BGB. angewendet worden; so namentlich auch auf die eheliche Gütergemeinschaft (vgl. §§ 1443, 1487 BGB. = JW. 1905, 146[28]; RGWarn. 1913 Nr. 150). Die westfälische Gütergemeinschaft ist eine durch das Ges. v. 16. April 1860 besonders ausgestaltete landrechtliche Gütergemeinschaft. Soweit neben den Vorschriften dieses Gesetzes für Ehen mit westfälischer Gütergemeinschaft bisher die Bestimmungen des ALR. galten, sind sie laut Art. 47 PrAGBGB. durch die entsprechenden Vorschriften des BGB. ersetzt worden. Deshalb kann ein Sonderklagerecht des Kl. entsprechend der Vorschrift im § 2039 Satz 1 BGB. anerkannt werden. Die vom Bekl. erwirkte Pfändung und Überweisung hindert den Kl. nicht an der Rechtsverfolgung. Nach ständiger Rspr. bleibt ein gepfändetes Recht auch nach seiner Überweisung zur Einziehung im Vermögen des Vollstreckungsschuldners. Dieser wird nur durch die Pfändung in der Verfügung über das Recht soweit beschränkt, als die Verfügung die Rechtsstellung des Vollstreckungsgläubigers beeinträchtigen würde. Demgemäß kann der Vollstreckungsschuldner auf Leistung an den Vollstreckungsgläubiger klagen (RG.: JW. 1935, 3541[12]). Die Besonderheit, daß hier der Bekl. zugleich Vollstreckungsgläubiger und Schuldner des Klageanspruchs ist, rechtfertigt keine abweichende Beurteilung.

2. Erhoben ist der Freistellungsanspruch als Anspruch aus Eigentumsverletzung. Eigentum der Erbengemeinschaft am streitigen Grundstück hat das BG. durch Zuerkennung des Berichtigungsanspruchs bereits bejaht. Denn nach der Rspr. des erk. Senats (JW. 1936, 3047[5]) wird mit dem Grundbuchberichtigungsanspruch nicht nur ein aus dem Eigentum abgeleitetes Recht, sondern das Eigentum selbst zum Gegenstand der Klage gemacht und folglich im Urteil auch über das Eigentum selber entschieden. Die Rechtskraft des BU. zu seinem dem Berichtigungsanspruch stattgebenden Teil verwehrt im Verhältnis der Prozeßparteien zueinander (RGZ. 149, 193 = JW. 1936, 648[11]) eine der vorl. widersprechende Entsch. über das Eigentum am Grundstück.

Im übrigen deckt sich die Ansicht des BG. mit der Auslegung, die das KG. dem § 10 Abs. 4 Ges. v. 16. April 1860 in fester Rspr. gegeben hat (KGJ. 42, 85; 45, 241; JW. 1938, 1666[22]). Sie wird auch von beiden Parteien geteilt, die bei Verfolgung ihrer einander widerstreitenden Interessen gemeinsam von der ursprünglichen Nichtigkeit des Übergabevertrages ausgehen. Unter diesen Umständen kann es bei dem Ausspruch bewenden, daß die gemäß §§ 549 Abs. 1, 559 ZPO. zulässige Nachprüfung keine durchgreifenden rechtlichen Bedenken gegen die Auslegung der bezeichneten Vorschrift in dem angefochtenen Urteil ergeben hat.

Der hiernach unwirksamen Verfügung des Vaters der Parteien hat der Bekl. in der Revisionsverhandlung durch die Behauptung aufzuhelfen gesucht, die übrigen Abkömmlinge hätten, wie die Annahme der im Übergabevertrag für sie ausgesetzten Leistungen ergebe, gemäß § 185 BGB. die Übereignung genehmigt. Eine danach allenfalls in Betracht kommende Genehmigung durch schlüssige Handlung würde aber nach ständiger Rspr. (vgl. RGZ. 118, 335 = JW. 1928, 501) voraussetzen, daß die betr. Abkömmlinge wußten oder wenigstens mit der Möglichkeit rechneten, daß zur Wirksamkeit der Übereignung ihre Genehmigung notwendig sei. An dieser Voraussetzung hat es bis zur Aufdeckung der Nichtigkeit im Jahre 1935 augenscheinlich gefehlt und einem späteren Wirksamwerden der Übereignung steht allein schon die Haltung entgegen, die seitdem der mitbetroffene Kl. gegenüber dem Bekl. eingenommen hat.

3. Die Vorschrift im § 1004 BGB. hat das BG. als Klagegrund ausgeschaltet, weil im Verhältnis der Parteien zueinander die §§ 989, 990 BGB. als Sonderbestimmungen vorgehen müßten. Die Belastung eines fremden Grundstücks mit dinglichen Rechten stehe i. S. des § 989 einer Verschlechterung des Grundstücks gleich. Die Belastungen seien aber vor dem Rechtshängigwerden des Berichtigungsanspruchs vorgenommen worden und der Bekl. habe auch erst nach ihrer Vornahme vom

Mangel eines Rechts zum Besitz erfahren. Die letzte Belastung sei nämlich auf Grund einer Bewilligung des Bekl. v. 29. Dez. 1933 am 1. März 1934 erfolgt, während der Bekl. von dem Mangel eines Rechts zum Besitz frühestens bei der Verkündung des im Vorprozeß erlassenen BU. (8. Mai 1935) Kenntnis erhalten haben könne.

a) Die vom BG. hier vertretene Rechtsauffassung steht im Einklang mit der Rspr. des RG., wie sie namentlich in der von der Rev. angezogenen Entsch. RGZ. 121, 335 = JW. 1928, 2447[12] festgelegt worden ist. Danach ist der Anspruch auf Beseitigung der Grundstücksbelastungen aus § 1004 BGB. nicht herzuleiten. Zwar hat der Bekl. die Rechte nicht als Besitzer, sondern als buchmäßiger Eigentümer eintragen lassen, der nicht Besitzer zu sein braucht. Die Belastungen beeinträchtigen auch nicht die Substanz des Grundstücks, sondern das Recht des Eigentümers, darüber zu verfügen. Doch ist die Stellung, in der sich der Bucheigentümer gegenüber dem wirklichen Eigentümer befindet, der Stellung des Besitzers zum Eigentümer so wesensverwandt, daß die §§ 989, 990 BGB. nach ihrem Sinn und Zweck auch hier — entsprechend — angewendet werden müssen. Das führt dazu, der Rechtshängigkeit des Herausgabeanspruchs die Rechtshängigkeit des Grundbuchberichtigungsanspruchs gleichzustellen.

Die gleiche Rechtsauffassung wird vertreten in RG.: JW. 1928, 1388 und RGZ. 133, 283; JW. 1931, 3447[15], ferner in führenden Erläuterungsbüchern (RGRKomm., 8. Aufl., § 1004 A 1; Planck-Strecker, 5. Aufl., A 2 b Abs. 2; Staudinger, 10. Aufl., A 14 Abs. 2) (abweichend OLG. München: Seuff-Arch. 61 Nr. 8; OLG. 18, 116).

b) Auch die Bedenken der Rev. gegen die Feststellung, daß den Bekl. kein wie immer geartetes Verschulden treffe, sind nicht berechtigt. Daß der Bekl. vor der Belastung des Grundstücks den Mangel seines Rechts gekannt habe, hat der Kl. selber nicht behauptet. Aber auch Fahrlässigkeit des Bekl. hat das BG. zutreffend verneint. In dem angefochtenen Urteil heißt es, dem Bekl. sei nicht zuzumuten gewesen, die Gültigkeit des Übergabevertrages zutreffend zu beurteilen. Wenn die Rev. demgegenüber von einem klaren, ohne weiteres erkennbaren Verstoß gegen § 10 Abs. 4 Ges. v. 16. April 1860 spricht, so sieht sie die Sache selbst vom Standpunkt eines Rechtskundigen aus als für sich zu günstig an. Die oben gebilligte Auslegung des § 10 Abs. 4 Ges. v. 16. April 1860 ist (vgl. die in JW. 1938, 1666[22] abgedruckte Begründung eines Kammergerichtsbeschlusses) keineswegs von jeher unbezweifelt gewesen.

Die Rev. stellt aber ferner, indem sie dem Bekl. aus unterlassener Einholung von Rechtsrat einen Vorwurf macht, zu strenge Anforderungen an die Pflicht einer rechtsunkundigen Partei zur Wahrung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt. Die Übergabe des Grundstücks vom Vater auf den Sohn einer früheren Ehe widersprach hier durchaus nicht etwa dem ursprünglichen Rechtsempfinden der Nächstbeteiligten. Auch der Kl. selber hat darin nichts gefunden, was in ihm den auch nur entfernten Verdacht auf Rechtswidrigkeit hätte erwecken können. Er hat sich, ganz unbeschwert durch irgendwelche rechtlichen Zweifel, auf den Boden des Vertrages gestellt und Erfüllung eines vermeintlich aus seinem Abschluß für ihn sich ergebenden Schichtteilsanspruchs im Prozeßwege gefordert. Damit hat der Kl. ein Verhalten bekundet, das den Bekl. in seiner damals noch bestehenden irrigen Überzeugung von der Gültigkeit des Übergabevertrages und damit von der Sicherheit der erlangten Rechtsstellung bestärken mußte. Unter solchen Umständen hat das BG. ohne Rechtsverstoß kein Verschulden des Bekl. darin gefunden, daß er vor der Belastung des Grundstücks nicht noch einen Rechtskundigen über die Gültigkeit des von einem Notar beurkundeten Vertrages hörte.

c) Die von der Rev. aufgeworfene Frage, ob die Vorschrift im § 10 Abs. 4 Ges. v. 16. April 1860 als Schutzgesetz i. S. des § 823 Abs. 2 BGB. anzusehen ist, kann offen bleiben. Denn nach den vorstehenden Erörterungen scheidet nicht nur grobe Fahrlässigkeit (§ 990 Abs. 1 Satz 1 BGB.), sondern auch ein leichtes Versehen des Bekl. aus, während eine Haftung aus § 823 Abs. 2 BGB. ohne irgendein Verschulden nicht zu denken ist. Eine Beantwortung der Frage erübrigt sich aber auch deshalb, weil sich der Bekl., wie den Besitz, so auch die Stellung als Bucheigentümer unzweifelhaft nicht durch eine strafbare Handlung verschafft hat (§ 992 BGB.).

4. Gegen sachliches Recht hat hiernach das BG. entgegen der Annahme der Rev. nirgends verstoßen. Aber auch die aus folgendem Anlaß erhobene Rüge einer Verletzung des § 139 ZPO. greift nicht durch. Das BG. hat nicht verkannt, daß der Bekl. nach § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB. zur Teilungsmasse das herausgeben muß, was er aus der Belastung des Grundstücks erlangt hat. Einer dahin gehenden Verpflichtung, die mit der Herausgabe von Nutzungen oder mit Schadensersatz begrifflich nichts zu tun hat, steht die Vorschrift im § 993 BGB. so wenig entgegen wie der Bereicherungshaftung des Besitzers wegen Verbrauchs oder Veräußerung der Sache (RGRKomm., Anm. 1 zu § 993). Wegen der Darlehen, die dem Bekl. von den Gläubigern der Hypotheken gewährt worden sind, hat der Vorderrichter demgemäß einen Bereicherungsanspruch der Erben in Höhe von mindestens 10 000 RM in Rechnung gestellt, und zwar mit der richtigen Maßgabe, daß dagegen die Erben den Bekl. von seiner in ursächlichem Zusammenhang mit dem Darlehensempfang entstandenen, seine Bereicherung somit mindernden Rückzahlungsverpflichtung gegenüber den Darlehensgläubigern zu befreien hätten. Der Vorderrichter erwägt jedoch, daß demgegenüber dem Bekl. aus Verwendungen auf das Grundstück ein — der Höhe nach nicht abschließend geprüfter — Betrag von möglicherweise 9985,83 RM gutzubringen sei. Das BG. ist somit zu einer der Klage günstigen Entsch. hier nicht gelangt, weil der Kl. Freistellung statt nach §§ 816, 818 BGB. Zahlung gefordert hat.

Dagegen wendet sich die Rev., indem sie auszuführen sucht, daß Veranlassung zur Anregung einer entsprechenden, wenn auch nur hilfsweisen Änderung der Klagbitte vorgelegen habe. Es handelt sich jedoch hier um zwei nach Grund und Gegenstand verschiedene Ansprüche. Die Stellung eines neuen Antrags zwecks Einführung eines neuen Anspruchs in den Prozeß anzuregen, ist schon im allgemeinen nicht Aufgabe des Gerichts (RGZ. 106, 115 [119] = JW. 1923, 986). Noch weniger wäre im Streitfall eine dahin zielende Anregung angebracht gewesen. Einem Ausgleich der in Verfolg des Übergabevertrages eingetretenen Vermögensverschiebungen sollte der vom Kl. erhobene Anspruch auf Herausgabe dienen und zu dessen Vorbereitung war die Klage auf Auskunftserteilung bestimmt. Auch das durch Belastung des Grundstücks Erlangte brauchte aber der Bekl., wie ausgeführt, nur nach Bereicherungsgrundsätzen herauszugeben. Die Pflicht zur Herausgabe der Darlehensvaluta oder, da sie verbraucht sein wird, zum Ersatz ihres Wertes (§ 818 Abs. 2 BGB.) hängt also mit dem Anspruch auf Herausgabe der Nutzungen des Grundstücks und beiläufig auch mit dem Gegenanspruch des Bekl. auf Ersatz von Verwendungen zusammen. Denn für die Feststellung einer Bereicherung ist nach ständiger Rspr. das bei Berücksichtigung aller Vermögensveränderungen eingetretene Gesamtergebnis maßgebend. Demgegenüber hat der Kl. aus den vom Bekl. vorgenommenen Belastungen einen Sonderanspruch, unabhängig von einer Bereicherung des Bekl., hergeleitet und zum Gegenstand einer selbständigen Klagbitte gemacht. Damit hat der Kl. den inneren Zusammenhang zwischen dem wirtschaftlichen Ergebnis dieser Belastungen für den Bekl. und den von diesem aus dem Grundstück gezogenen Nutzungen für den rückliegenden Verfahrensabschnitt zu Unrecht zerrissen.

Der Kl. mag die Bereicherung, die dem Bekl. aus Belastungen des Grundstücks etwa zugeflossen ist, durch Erweiterung des noch beim LG. anhängigen Herausgabeanspruchs zur Geltung bringen.

(RG., V. ZivSen., U. v. 21. Juli 1938, V 19/38.) [B.—K.]

Patentgesetz

10. RG. — §§ 7, 6 PatG. § 7 PatG. bezieht den Begriff der Inbenutzungsnahme auf alle vier in § 6 PatG. genannten Benutzungsarten, so auch auf das Feilhalten. An dieser Rspr. wird festgehalten. Zum Begriff des Feilhaltens.

Das KG. stellt fest, daß die Kl. zur Zeit der Anmeldung der Schutzrechte der Bekl. im bewußten Besitz einer Erfindung war, welche sämtliche Merkmale dieser Schutzrechte aufweise. Dagegen verneint es die Frage, ob das zweite Erfordernis für den

Erwerb eines Vorbenutzungsrechts, eine Benutzung der Erfindung oder eine Veranstaltung dazu, erfüllt sei.

Das KG. und anscheinend auch beide Parteien lassen die Möglichkeit einer vollendeten Benutzung außer Betracht. Die Rspr. zu § 7 (früher § 5) PatG. bezieht aber den Begriff der Inbenutzungsnahme in § 5 auf alle vier in § 6 PatG. genannten Benutzungsarten (Krauße S. 148 Anm. 3 I a; RGZ. 80, 15 = JW. 1912, 921; RGZ. 114, 258 = JW. 1926, 2848[12] m. Anm.; MuW. 1931, 164), also auch auf das Feilhalten. Daran hält der Senat fest. Er sieht aber im vorl. Falle nach den Feststellungen des KG. ein Feilhalten als erfolgt an. Das BG. führt den Briefwechsel der Kl. mit der Reichspost an, insbes. den Brief der Kl. v. 2. Sept. 1931. Mit diesem überreichte die Kl. zwei Zeichnungen. Das KG. stellte fest, daß die Kl. mit dem Brief und den Zeichnungen bezweckte, einen Auftrag der Reichspost auf einen Bahnpostwagen der von ihr vorgeschlagenen (der Bekl. geschützten) Bauart zu erhalten. Damit aber war der Tatbestand des Feilhaltens erfüllt. Bei der Art des feilgehaltenen Gegenstands und der Art, wie Auftragsverhandlungen mit Behörden geführt zu werden pflegen, war nicht erforderlich, daß der Gegenstand vorrätig war (vgl. Krauße, „PatG.", S. 56, § 2 Anm. 5 zu b; MuW. 1935, 256), und daß bereits ein fester Preis gefordert wurde. Ebensowenig kommt es für die Benutzungsart des Feilhaltens darauf an, ob die Zeichnungen unmittelbar als Werkstattzeichnungen dienen sollten und konnten. Sie mußten auch den angebotenen Bahnpostwagen mit so veranschaulichen, daß er die Merkmale der Schutzrechte der Bekl. erkennbar trug. Daß das der Fall war, ergibt sich klar aus den Ausführungen des KG. über den in den Zeichnungen verkörperten Besitz der Kl. an der der Bekl. geschützten Erfindung.

Endlich ist es selbstverständlich auch unerheblich, ob das Feilhalten der Kl. Erfolg hatte oder versprach.

Hiernach kommt es nicht darauf an, ob, was das KG. bejahen zu können glaubt, die Kl. den Willen zur alsbaldigen Benutzung durch Herstellen nicht gehabt oder wieder endgültig aufgegeben hat. Erheblich wird der Einwand, die Kl. habe die nach dem oben Gesagten im Jahre 1931 ausgeübte Benutzung durch Feilhalten im Jahre 1933, als die Schutzrechte der Bekl. angemeldet wurden, wieder aufgegeben gehabt. Dafür ist aber kein Anhalt gegeben. Das KG. will die Aufgabe des Willens zur alsbaldigen Herstellung aus dem Schweigen der Kl. vom August 1933 bis zur Klagerhebung (1936) schließen. Dieses Schweigen steht aber dem Vorbenutzungsrecht auf Grund Feilhaltens nicht entgegen, weil nichts dafür vorliegt, daß das Feilhalten zur Zeit der Schutzrechtanmeldungen aufgegeben war. Gegen eine solche Annahme spricht der vom KG. angeführte Brief der Kl. an die Bekl. v. 15. Aug. 1933. Auch ist augenscheinlich die Reichspost bis in den Prozeß hinein im Besitz der einen der beiden Zeichnungen geblieben.

Es bleibt zu prüfen, ob die Kl. kraft des durch Feilhalten erworbenen Vorbenutzungsrechtes (in den Grenzen des § 7 PatG.) auch ein Recht zur Ausübung der anderen im Klageantrag genannten Benutzungsarten, vor allem des Herstellens, hat. Der Senat hat diese Frage bejaht. Die Kl. befaßt sich gewerbsmäßig mit dem Bau und der Lieferung von Eisenbahnwagen, ist also nicht bloße Händlerin. Bei dieser Sachlage bestehen keine Bedenken, das ihr erwachsene Vorbenutzungsrecht auf alle Benutzungsarten (§ 6 PatG.) zu erstrecken.

Hiernach war der Klage stattzugeben.

(RG., I. ZivSen., U. v. 1. Juli 1938, I 3/38.) [Ba.]

*

**** 11. RG. — § 42 PatG. v. 5. Mai 1936; §§ 519 ff. ZPO.**

1. Im Patentnichtigkeitsstreit kann der Patentinhaber Berufung einlegen, wenn das PatA. die Nichtigkeitsklage abgewiesen, im Patentanspruch aber zu dessen Klarstellung Änderungen vorgenommen hat.

2. Eine im Patentnichtigkeitsstreit erst nach Ablauf der in § 42 Abs. 1 PatG. vorgesehenen Frist eingelegte Anschlußberufung ist zulässig.

In dem vorl. Nichtigkeitsstreit hat das RPatA. die Klage abgewiesen, jedoch im Anspruch zwecks Klarstellung verschiedene Zusätze eingefügt und eine Umstellung vorgenommen.

Gegen dieses Urteil hat der Bekl. Berufung eingelegt. Er ist der Ansicht, daß er durch die Änderungen des PatA. beschwert sei. Durch sie werde der Gegenstand des Patents gegenüber der bisherigen Fassung eingeschränkt.

Die Berufung ist zulässig.

Voraussetzung der Zulässigkeit ist allerdings, daß der BerKl. durch die angefochtene Entsch. beschwert ist. An sich ist schon im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung eine Nachprüfung der Beschwerde nötig. Wenn aber, wie im vorl. Fall, die Frage, ob der BerKl. beschwert ist, ob also der Gegenstand des Anspruchs durch die vom RPatA. vorgenommene Klarstellung gegenüber seinem bisherigen Inhalt eingeengt ist, mit der zu entscheidenden materiellen Frage zusammenfällt, ob der Fachmann den Anspruch schon nach der alten Fassung so verstehen mußte, wie er jetzt formuliert ist, dann ist für eine Entscheidung nur über die Zulässigkeit der Berufung kein Raum. Dann müssen dieselben Grundsätze Anwendung finden, die von der Rspr. bei der Frage des Vorliegens der Prozeßvoraussetzungen insbes. für die örtliche Zuständigkeit entwickelt sind. Im Anschluß an die grundlegende Entsch. in RGZ. 29, 373 sind jetzt Rspr. und Schrifttum fast einhellig der Ansicht, daß, soweit die für die Zuständigkeit maßgebenden Tatsachen mit den anspruchbegründenden zusammenfallen, diese im Rahmen der Zuständigkeit keines Beweises bedürfen, soweit sie gleichzeitig notwendige Tatbestandsmerkmale des Anspruchs sind, d. h. soweit die Bejahung des Anspruchs begrifflich diejenige der Zuständigkeit in sich schließt. Denn für die Zuständigkeit kommt es auf den behaupteten Anspruch an.

Es genügt daher für die Bejahung der Zulässigkeit der Berufung, daß der Bekl. behauptet hat, die von der Nichtigkeitsabteilung des RPatA. dem Patentanspruch zur Klarstellung gegebene Fassung schränke den Gegenstand des Patents gegenüber der bisherigen Fassung ein.

Aber auch die erst nach Ablauf der in § 42 Abs. 1 PatG. vorgesehenen Frist von dem Kl. eingelegte Anschlußberufung ist zulässig.

Zwar ist im PatG. selbst und in der VO. v. 30. Sept. 1936 ebensowenig wie im alten PatG. und der bisherigen VO. v. 6. Dez. 1891 eine Bestimmung über die Anschlußberufung enthalten. Aus dem Fehlen einer solchen Bestimmung hat das RG. bisher in ständiger Rspr., zuletzt in einer Entsch. v. 6. April 1935 (GRUR. 1935, 738; MittPatA. 1935, 238), den Schluß gezogen, daß die Anschlußberufung im Nichtigkeitsstreit nicht zulässig sei. In der angeführten Entsch. hat das RG. in dem Umstande, daß die Anschlußberufung weder im Gesetz noch in der Verordnung erwähnt ist, ein mehr äußerliches Zeichen gesehen und entscheidendes Gewicht darauf gelegt, daß bei Zulassung der Anschlußberufung der erk. Sen. noch bis zum letzten Augenblick mit neuem Prozeßstoff belastet werden könne, da eine Ausschlußfrist für die Anschlußberufung mangels entsprechender gesetzlicher Unterlagen nicht festgestellt werden könne. Das widerspreche aber dem Verfahrensgang in Nichtigkeitssachen wie auch dem Gang in Revisionssachen, wie er sich sonst vor dem RG. abspiele, so sehr, daß man daraus mit Recht gegen die Zulässigkeit der Anschlußberufung schließen müsse.

Dieser Standpunkt kann nicht aufrechterhalten werden. Im PatG. ist mehrfach auf die Bestimmungen der ZPO. verwiesen, nämlich in § 16 Abs. 1, § 18 Abs. 8, § 39 Abs. 1, § 42 Abs. 4, § 51 Abs. 1. Trotz dieser Verweisungen ist das Verfahren im PatG. und in der VO. v. 30. Sept. 1936 nicht so eingehend geregelt, daß nicht verschiedentlich, insbes. beim Nichtigkeitsverfahren, Lücken geblieben wären, deren Ausfüllung erforderlich ist. Es ist in der Rspr. und im Schrifttum anerkannt, daß diese Lücken durch entsprechende Anwendung der Vorschriften der ZPO. zu schließen sind, soweit dem nicht die Eigenart des Nichtigkeits- oder sonstigen Verfahrens nach dem PatG. entgegensteht. So sind bereits für anwendbar erachtet worden die Bestimmungen ZPO. § 99 Abs. 1 u. 3 über Anfechtbarkeit der Kostenentscheidung, § 89 über einen Vertreter ohne Vertretungsmacht, §§ 264, 268, 269 über

Klageänderung und § 539 über die Zurückverweisung in die Vorinstanz. Es sind aber, wie der letztgenannte Fall zeigt, auch in der das Berufungsverfahren betreffenden VO. Lücken in den Vorschriften über die Behandlung der Berufung vorhanden, die zu einer ergänzenden Heranziehung von Vorschriften der ZPO. nötigen. Grundsätzliche Bedenken, auch die VO. über das Berufungsverfahren zu ergänzen, können danach gegen die Zulässigkeit der Anschlußberufung nicht ins Feld geführt werden.

Die Anschlußberufung kommt nach der ZPO., von dem Falle der Klageerweiterung abgesehen, dann in Betracht, wenn in der ersten Instanz keine Partei völlig obgesiegt und die eine Partei sich zunächst dazu entschlossen hat, es bei der erstinstanzlichen Entsch. bewenden zu lassen, sich aber mit Rücksicht darauf, daß der Gegner Berufung einlegt und der Rechtsstreit infolgedessen doch in die BerInst. gehen muß, dazu entschließt, nunmehr auch ihrerseits Berufung als Anschlußberufung einzulegen. Sie kann bis zum Schluß der mündlichen Verhandlung, auf Grund deren das Urteil ergeht, erfolgen. Infolgedessen ermöglicht es die Anschlußberufung, daß das BG. auch noch Tatumstände, die erst im Laufe des Berufungsverfahrens in den Prozeß eingeführt oder bewiesen werden, voll berücksichtigen kann und nicht an der Rechtskraft des zunächst nicht angefochtenen Urteilsteiles haltmachen muß. Mit der Anschlußberufung ist also in der ZPO. ein Mittel geschaffen, das geeignet ist, der im Laufe des zwischen den Parteien anhängigen Rechtsstreits erkennbar gewordenen Wahrheit zum Siege zu verhelfen.

Gleiches muß aber auch für die Anschlußberufung im Patentnichtigkeitsstreit gelten, falls sie zugelassen wird. Bei der Bedeutung, die der Aufrechterhaltung oder Beseitigung eines Schutzrechtes für die Allgemeinheit zukommt, ist es sogar in noch höherem Maße geboten, dem Erfinder oder dem Nichtigkeitskläger jeden Rechtsbehelf zugänglich zu machen, der geeignet ist, der materiellen Wahrheit zum Siege zu verhelfen. Denn die Fälle, in denen nach nur teilweiser Vernichtung eines Patents durch die Nichtigkeitsabteilung des RPatA. und nach Einlegung der Berufung nur seitens einer Partei alle mit dem angegriffenen Patent in Zusammenhang stehenden Fragen durch ein in der BerInst. eingeholtes Sachverständigengutachten so völlig und in der Richtung geklärt wurden, daß auch der zunächst nicht angefochtene Teil der Entsch. sich als unrichtig darstellt, sind in der Praxis des Senats schon mehrfach vorgekommen. Bei Nichtzulassung der Anschlußberufung müßte es in diesen Fällen insoweit bei der als unrichtig erkannten Entsch. der ersten Instanz verbleiben. Denn daß in einem derartigen Fall das BG. nicht in der Lage ist, über die gestellten Parteianträge hinaus von Amts wegen eine Abänderung der erstinstanzlichen Entsch. vorzunehmen, ist in dem bereits erwähnten Urteil des Senats v. 6. April 1935 zutreffend ausgeführt. Andrerseits erfordert aber der das neue PatG. beherrschende Grundsatz, dem Erfinder die ihm nach seinem Verdienst zukommende Belohnung in Gestalt eines entsprechenden Schutzrechtes zu sichern, die Allgemeinheit aber vor unberechtigten sperrenden Patenten zu schützen (vgl. die Entsch. des Senats v. 7. Jan. 1938: RGZ. 157, 159 = JW. 1938, 879[33]), daß der Sieg der Wahrheit und des Rechts nicht an prozeßrechtlichen Bedenken scheitere.

Da somit die Eigenart des Patentnichtigkeitsverfahrens der Zulassung der Anschlußberufung nicht entgegensteht, sondern im Gegenteil für ihre Zulassung spricht, hält der Senat unter Aufgabe seines bisherigen Standpunktes auch die nach Ablauf der Berufungsfrist eingelegte Anschlußberufung für zulässig.

Für die Form und den letztmöglichen Zeitpunkt der Anschlußberufung sind entsprechend anzuwenden § 42 PatG., §§ 1—4 VO. v. 30. Sept. 1936 und §§ 519—522a ZPO.

(RG., I. ZivSen., Beschl. v. 20. Febr. 1938, I 59/38.)

<= RGZ. 158, 1.>

Genossenschaftsgesetz

12. KG. — §§ 46 Abs. 2, 51 GenG.

1. Ist in der Satzung einer Genossenschaft bestimmt, daß es zur Beschlußfassung über die Abänderung des Gegenstandes des Unternehmens der Anwesenheit und der Zustimmung von mindestens drei Vierteln der Genossen bedarf und daß, wenn die Genossen in der vorgeschriebenen Zahl nicht erschienen sind, eine alsdann anzuberaumende zweite Versammlung mit einer Mehrheit von drei Vierteln lediglich der anwesenden Genossen endgültig beschließen kann, so bedarf es bei Ankündigung der Tagesordnung der zweiten Versammlung eines Hinweises darauf, daß es sich um eine zweite Versammlung mit geringeren Anforderungen handelt.

2. Enthält die Ankündigung einen solchen Hinweis nicht, so ist der Beschluß dieser zweiten Versammlung nur anfechtbar und nicht nichtig.

In das Genossenschaftsregister ist eingetragen die „E. Großhandel eingetragene Genossenschaft mit beschränkter Haftpflicht". Für diese Genossenschaft gilt jetzt die in der Mitgliederversammlung v. 3. März 1935 beschlossene Satzung vom gleichen Tage. Gegenstand des Unternehmens ist nach § 1 Ziff. 4 der Satzung u. a. die Hereinnahme von Spargeldern.

Im § 32 der Satzung ist bestimmt, daß es zur Beschlußfassung über die Abänderung des Gegenstandes des Unternehmens der Anwesenheit und der Zustimmung von mindestens drei Vierteln der Genossen bedarf. Sind die Genossen in der vorgeschriebenen Zahl nicht erschienen, so wird eine zweite Versammlung mit einer Frist von mindestens einer Woche zur Erledigung desselben Beratungsgegenstandes anberaumt; in dieser Versammlung wird mit drei Vierteln der anwesenden Genossen endgültig entschieden.

Für die Beschlußfassung der ordentlichen GenVers. v. 7. März 1937 stand unter Punkt 7 auf der Tagesordnung: „Änderung des § 1 des Statuts". Laut Protokoll wurde zu diesem Punkte von den 23 anwesenden Genossen, die nicht drei Viertel der sämtlichen Genossen darstellten, einstimmig der Beschluß gefaßt, den § 1 Abs. 1 Ziff. 4 des Statuts „Die Hereinnahme von Spargeldern" zu streichen und den § 1 des Statuts unter einem neuen Abs. 4 mit der Vorschrift zu ergänzen: Zur Finanzierung dieses Gegenstandes des Unternehmens dürfen fremde Gelder aufgenommen werden. Es wurde sodann der Punkt „Änderung des § 1 des Statuts" nochmals auf die Tagesordnung der ordentlichen GenVers. vom 27. Febr. 1938 gesetzt. In dieser Versammlung, in der ebenfalls nicht drei Viertel der Genossen anwesend waren, wurde wiederum einstimmig die bezeichnete Satzungsänderung beschlossen.

Die Genossenschaft meldete alsdann die beschlossene Satzungsänderung zur Eintragung in das Genossenschaftsregister an, wobei sie unter Berufung auf den § 32 der Satzung den Standpunkt wirksam gewordener Beschlußfassung vertrat. Das AG. wies den Antrag auf Eintragung zurück. Die Beschw. der Genossenschaft blieb ohne Erfolg. Ihrer weiteren Beschw. gab das KG. statt.

Das LG. hält die Eintragung der Satzungsänderung nicht für zulässig, weil nicht behauptet und auch nicht ersichtlich sei, daß die ordentliche GenVers. v. 28. Febr. 1938 als zweite Versammlung i. S. des § 32 der Satzung zur Erledigung desselben Antrages stattgefunden habe und habe stattfinden sollen. Des weiteren führt das LG. aus, dieser Verstoß gegen die Satzung begründe die Nichtigkeit des Abänderungsbeschlusses. Die Vorschriften der Satzung, die eine den Gegenstand des Unternehmens berührende Satzungsänderung besonders erschwerten, lägen nicht nur im Interesse der Genossen, sie beträfen vielmehr auch das Wirken der Genossenschaft nach außen. Deshalb solle der auf eine solche Änderung gerichtete Wille der Genossen besonders sorgfältig festgestellt werden. Es handele sich also beim § 32 der Satzung um Verfahrensvorschriften, die wesentlich für das Zustandekommen eines solchen Beschlusses seien. Diese Ausführungen des LG. sind nicht in allen Teilen frei von Rechtsirrtum.

Es kann zunächst allerdings keinem Zweifel unterliegen, daß die Beschlußfassung in der ersten Versammlung v. 7. März 1937 nichtig ist. Nach § 32 Abs. 1 Ziff. 3 der Satzung konnte die Abänderung des Gegenstandes des Unternehmens in der ersten Versammlung nur unter Anwesenheit und mit Zustimmung von mindestens drei Vierteln der Genossen beschlossen werden, welche Voraussetzungen nicht vorliegen. Eine solche Erschwernis war gemäß § 16 Abs. 2 Satz 2 GenG. satzungsgemäß zulässig. Ist aber für die Beschlußfassung bei Abänderung des Gegenstandes des Unternehmens die Anwesenheit einer Mindestzahl von Genossen durch die Satzung vorgeschrieben, so liegt eine beschlußfähige Versammlung, die Voraussetzung für das Zustandekommen eines Beschlusses ist, wenn nicht die vorgeschriebene Mindestzahl anwesend ist, überhaupt nicht vor. Eine derartige Versammlung ist, wie anerkanntes Rechtens ist, überhaupt keine GenVers. i. S. des Gesetzes. Faßt sie

dennoch Beschlüsse, so liegt nur der Anschein eines Generalversammlungsbeschlusses vor, weil eine Versammlung, in der nicht die vorgeschriebene Mindestzahl der Genossen anwesend ist, zu einer solchen Beschlußfassung überhaupt nicht befugt ist. Das gilt nach feststehender Rspr., auch des Senats, nicht nur, wenn zur Beschlußfassung die Anwesenheit aller Genossen nach der Satzung erforderlich ist, sondern auch dann, wenn die Anwesenheit einer Mindestzahl von Genossen erforderlich ist. Ein solches Scheinbild eines von einer unzuständigen Mehrheit angenommenen Beschlusses kann auch nicht etwa dadurch nachträglich Rechtswirksamkeit erlangen, daß eine Anfechtung innerhalb der Monatsfrist des § 51 GenG. unterbleibt, vielmehr ist eine solche Beschlußfassung unheilbar nichtig (RGZ. 76, 170 = JW. 1911, 597; KGJ. 34, A 196; 41, 151; 43, 105; JFG. 4, 249). Der Umstand, daß bei unzureichendem Besuch der ersten Versammlung eine zweite stattzufinden hat, die auch bei geringerer Teilnahme beschließen kann, ändert die Bedeutung der Satzungsbestimmung über die erste Versammlung nicht mit der Wirkung, daß sie als eine nicht zwingende anzusehen wäre. Die erste Versammlung bleibt trotz dieser weiteren Bestimmung bei unzureichender Teilnehmerzahl eine bloße Zusammenkunft von Genossen, der die Natur einer zur Beschlußfassung über die Abänderung des Gegenstandes des Unternehmens zuständigen GenVers. fehlt (JFG. 4, 253).

Es kommt also darauf an, ob die zweite Versammlung i. S. des § 32 der Satzung wirksam beschließen konnte, was vom LG. verneint wird. Diese zweite Versammlung unter geringeren Anforderungen würde dann nicht, wie vom Senat wiederholt entschieden ist (JW. 1926, 1675; 1935, 715; HöchstRRspr. 1935 Nr. 251) zur Beschlußfassung zuständig sein, wenn sie bereits vorsorglich im voraus vor Abhaltung der ersten Versammlung berufen wäre, insbes. gleichzeitig mit der ersten Versammlung berufen wäre und sogleich nach dieser abgehalten wird. Wenn aber, wie das allein zulässig ist, die zweite Versammlung erst anberaumt wird, nachdem die erste ergebnislos verlaufen ist, ist jedenfalls im vorl. Falle durch die Satzung nicht vorgeschrieben oder überhaupt notwendig, daß sie in geraumer Zeit oder sogar möglichst bald nach der ersten Versammlung stattfindet. Wenn es im § 32 der Satzung heißt, daß die zweite Versammlung mit einer Frist von mindestens einer Woche anberaumt wird, so bedeutet dies nur, daß die in § 46 Abs. 1 GenG. zwingend vorgeschriebene Mindestberufungsfrist von einer Woche einzuhalten ist. Diese Frist bezieht sich also nicht etwa auf die Zwischenzeit zwischen der Abhaltung der ersten und der zweiten GenVers. Das ergibt sich auch daraus, daß eine Mindestzwischenzeit von einer Woche zwischen der Abhaltung beider Versammlungen gesetzlich gar nicht möglich ist, da ja die zweite Versammlung erst nach der Abhaltung der ersten anberaumt werden darf und für die Berufung der zweiten Versammlung die soeben bezeichnete Mindestfrist von einer Woche eingehalten werden muß. Es können also aus der ganz etwas anderes betr. Fristbestimmung im § 32 der Satzung keine Schlüsse dahin gezogen werden, daß es i. S. der Satzung liegt oder gar durch diese vorgeschrieben wird, daß die zweite Versammlung alsbald oder in geraumer Zeit nach der ersten stattfinden muß.

Ermangelt es danach einer entsprechenden Satzungsbestimmung, so ist es zulässig, die zweite Versammlung, wie hier, auch nach beinahe Jahresfrist stattfinden zu lassen. Nur ist es geboten, daß die zweite Versammlung als solche bei der Einberufung kenntlich gemacht wird (siehe § 46 Abs. 2 GenG.), damit sie für die Genossen als eine Versammlung mit geringeren Anforderungen erkennbar ist und so die Genossen aufmerksam werden und gegebenenfalls, falls sie nicht einverstanden sind, ihre Ansicht und Stimme zur Geltung bringen können. Zwar ist an sich durch die Ankündigung „Änderung des § 1 des Statuts" der Gegenstand der Tagesordnung ausreichend angekündigt, da eine kurze Bezeichnung (es genügt Bezeichnung des abzuändernden Paragraphen) genügt und es nicht der Angabe von Einzelheiten bedarf (RG.: Gruch. 51. 824; RGZ. 108, 322 = JW. 1925, 614; OLG. 43, 313). Aber für eine zweite Versammlung, besonders wenn sie erst in geraumer Zeit nach der ersten stattfindet, muß doch im Interesse des Schutzes für Genossen verlangt werden, daß die Ankündigung wie oben angegeben verdeutlicht wird, daß es sich um eine zweite Versammlung i. S. des § 32 der Satzung handelt, die an eine erste, ergebnislos verlaufene Versammlung angeknüpft wird. Läßt die Ankündigung der zweiten Versammlung keine Bezeichnung auf die erste Versammlung erkennen, dann können insbes. die Genossen, die in der ersten Versammlung nicht erschienen waren, annehmen, daß in dem nicht engen Rahmen des § 1 der Satzung jetzt eine andere Bestimmung als in der Versammlung zuvor geändert werden soll, deren Änderung dann zunächst den erschwerenden Voraussetzungen einer ersten Versammlung unterliegt. Den Genossen würde die Wichtigkeit ihres persönlichen Erscheinens im Hinblick auf die geringeren Anforderungen nicht vor Augen geführt, wenn die Ankündigung nicht erkennen läßt, daß in dieser Versammlung an die Beschlußfähigkeit geringere Anforderungen gestellt werden. Es würde den Genossen also nicht vorgestellt, welche Folgen sich aus ihrer weiteren Untätigkeit wahrscheinlich ergeben werden (zu vgl. die oben angeführten Entscheidungen des Senats in JW. 1926, 1675 und 1935, 715). Aus diesen Erwägungen ist zu verlangen, daß eine zweite Versammlung i. S. des § 32 der Satzung bei Ankündigung der Tagesordnung als solche kenntlich gemacht wird.

Die hiernach mit einem Mangel behaftete Ankündigung beseitigt jedoch nicht die Voraussetzungen der Beschlußfähigkeit der Versammlung überhaupt, so daß absolute Nichtigkeit anzunehmen wäre. Nach feststehender Rspr. begründet ein Mangel in der Ankündigung des Gegenstandes der Beschlußfassung, wie das Gesetz im § 51 Abs. 2 schon selbst erkennen läßt, und sogar jegliches Fehlen der Ankündigung nur die fristgebundene Anfechtbarkeit des Beschlusses, nicht die Nichtigkeit (KGJ. 34, A 136; RGZ. 89, 380; JFG. 15, 366 = HöchstRRspr. 1937 Nr. 1325; Meyer, „GenG.", 4. Aufl., § 51 Anm. 5; Krakenberger, „GenG." S. 388; zu vgl. auch Eiser, „Nichtigkeit und Anfechtbarkeit von Generalversammlungsbeschlüssen der eingetragenen Genossenschaft § 8 S. 34, 35"; ferner Huck, „Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen bei Aktiengesellschaften S. 81, 82). Da nun vorliegend nicht ersichtlich ist, daß der Beschluß rechtzeitig gemäß § 51 GenG. angefochten ist, kann ihm die Eintragungsfähigkeit nicht versagt werden (OLG. 34, 348; KG.: RJA. 15, 140; JFG. 15, 366 = HöchstRRspr. 1937 Nr. 1325).

(KG., 1. ZivSen., Beschl. v. 7. Juli 1938, 1 Wx 287/38.) [S.]

Erbhofrecht

13. KG. — §§ 20, 22 EHRV. Haben die Eigentümer eines Ehegattenerbhofes sich gegenseitig zum Anerben eingesetzt, ohne den Anerben des Überlebenden zu bestimmen, und stirbt die Frau nach dem Manne, so geht der Erbhof auf den nächsten gesetzlichen Anerben der Frau über.

Die Eheleute Wilhelm und Wilhelmine H. haben in einem Ehe- und Erbvertrage v. 20. Dez. 1927 die allgemeine Gütergemeinschaft vereinbart und sich gegenseitig zum alleinigen und unbeschränkten Erben des Erstversterbenden eingesetzt, für den eingetretenen Fall der Kinderlosigkeit der Ehe aber keine Bestimmung über die Beerbung des Überlebenden getroffen. Zu dem Gesamtgut der Gütergemeinschaft gehörte der Erbhof V. Bl. 4. Der Ehemann starb am 10. Dez. 1936 und die Ehefrau am 5. März 1937. Das Nachlaßgericht erteilte darauf einem Brudersohne des Ehemanns, dem Bernhard H., einen Erbschein dahin, daß er der Anerbe des bezeichneten Erbhofes geworden sei. Auf eine Beschw. von zwei Brudersöhnen der verwitweten Frau H. ordnete das LG. die Einziehung des Anerbenerbscheins an. Eine weitere Beschw. des Bernhard H. kann keinen Erfolg haben.

Für die Anerbenfolge in einen Ehegattenerbhof schreibt § 20 Abs. 1 EHRV. vor, daß jeder Ehegatte den andern zum Anerben bestimmen kann. Das war hier, wie das LG. zutreffend annimmt (vgl. Vogels, „REG." Anm. 7), mit der gegenseitigen Erbeinsetzung der Eheleute geschehen. Demgemäß war nach dem Tode des Mannes zunächst die verwitwete Frau H. Anerbin geworden. Über deren Beerbung enthält der Erbvertrag v. 20. Dez. 1927 für den eingetretenen Fall keine Bestimmung. Aber auch das Gesetz trifft unter solchen Umständen keine Sonderregelung.

Der § 22 EHRV., aus dem der Nachlaßrichter das Anerbenrecht des BeschwF. herleitet, gibt zwar Vorschriften für den Fall, daß die Ehegatten von dem Rechte, den Anerben nach § 20 zu bestimmen, keinen Gebrauch machen. Diese Voraussetzung ist aber hier nicht erfüllt. Der Nachlaßrichter versteht den § 22 dahin, daß er schon dann eingreifen solle, wenn die Ehegatten von den Erbeinsetzungsmöglichkeiten des § 20 nicht in vollem Umfange Gebrauch gemacht, also wenn sie, wie hier, nur die Erbfolge nach dem Erstversterbenden (§ 20 Abs. 1), aber nicht auch diejenige nach dem Überlebenden (§ 20 Abs. 2) geregelt haben. Eine solche nach der Fassung des ersten Halbsatzes des § 22 Abs. 1 vielleicht mögliche Gesetzesauslegung wird aber dadurch ausgeschlossen, daß § 22 in seinen Abs. 1 und 2 ausdrücklich nur die Fälle regelt, daß entweder die Frau vor dem Manne stirbt, ohne ihn gemäß § 20 Abs. 1 zum Anerben eingesetzt zu haben (§ 22 Abs. 1), oder der Mann vor der Frau, ohne sie zur Anerbin eingesetzt zu haben, oder der Mann nach der Frau (§ 22 Abs. 2). Dagegen ist für den Fall, daß — wie hier — der Mann vor der Frau stirbt, nachdem er sie zur Anerbin eingesetzt hat, nichts bestimmt worden. Denn die Vorschrift des § 22 Abs. 2 kann beim Vorversterben des Mannes nur dann eingreifen, wenn er nicht gemäß § 20 Abs. 1 zugunsten seiner Frau verfügt hat. Lediglich beim Fehlen einer solchen Verfügung kann an Stelle der Frau und lediglich beim Fehlen einer Verfügung aus § 20 Abs. 2 kann

nach einem früheren Wegfall der Frau gemäß § 22 Abs. 2 EHRV. diejenige Person Anerbe unmittelbar nach dem Manne werden, die nach dem REG. als Anerbe des Mannes berufen ist.

Es muß als ausgeschlossen angesehen werden, daß der Gesetzgeber bei der Schaffung des § 22 EHRV. an den naheliegenden Fall, wie er sich hier ereignet hat, nicht gedacht haben sollte. Es ist auch verständlich, daß die nach dem REG. zum Anerben berufene Person im Rahmen der in der Überschrift zu § 22 ausdrücklich so genannten „gesetzlichen Anerbenfolge" als Anerbe nur unmittelbar nach dem Manne eintreten soll, dagegen nicht auch als „gesetzlicher Anerbe" der überlebenden und kraft einer Verfügung des Mannes von Todes wegen gemäß § 20 Abs. 1 zur unbeschränkten Eigentümerin des Erbhofes gewordenen Frau.

Der Gesetzgeber hat gerade deshalb auch der überlebenden Frau im § 20 Abs. 3 die Befugnis gegeben, beim Fehlen einer testamentarischen oder erbvertraglichen Bindung durch ein einseitiges Testament den Erbhof einer Person zuzuwenden, die nach dem REG. als Anerbe des Mannes berufen wäre oder bestimmt werden könnte. Macht sie aber auch von dieser Befugnis keinen Gebrauch, so bleibt es bei der regelmäßigen gesetzlichen Anerbenfolge. Der frühere Ehegattenerbhof fällt also, was die Ehegatten als Folge ihrer unvollständigen Erbregelung vorausgesehen haben müssen, an den sich nach §§ 19 ff. REG. bestimmenden gesetzlichen Anerben der Ehefrau.

Daß dieses Ergebnis in dem vorl. Falle unbillig erscheint, weil der Erbhof von der Seite des Mannes stammt, und sein Brudersohn, der jetzt 33jährige BeschwF., schon in seinem 9. Lebensjahr auf den Hof gekommen und seit dem 14. Lebensjahre dort ununterbrochen landwirtschaftlich tätig gewesen ist, kann die allgemein gültige Auslegung des § 22 EHRV. nicht beeinflussen. Gleiche Billigkeitsgründe können in einem anderen Falle dafür sprechen, den Hof an den gesetzlichen Erben der Frau fallen zu lassen. Es ist die Aufgabe der Eheleute, in einem solchen Falle gemäß § 20 Abs. 2 oder Abs. 3 EHRV. durch Verfügungen von Todes wegen die den besonderen Umständen nach der Billigkeit und dem Vorteile des Hofes am besten dienende Anerbenfolge anzuordnen. Für eine Übergangszeit kommt ferner die durch § 54 EHRV. begründete Möglichkeit in Betracht, daß die zuständigen Reichsminister zur Vermeidung einer schweren Härte einen anderen Anerbenberechtigten zum Anerben bestimmen, was im gegebenen Falle auch schon beantragt worden ist.

Die weitere Beschw. muß hiernach zurückgewiesen werden. (KG., 1. ZivSen., Beschl. v. 30. Juni 1938, 1 Wx 294/38.) [H.]

Landwirtschaftliche Schuldenregelung

14. KG. — §§ 52, 80, 91 ff. SchRG.; Art. 31 Abs. 5 der 7. DurchfVO. v. 30. April 1935 (RGBl. I, 572); § 4 GBO.; § 5 FGG.; § 4 ZustVO. v. 23. März 1936 i. d. Fass. der VO. vom 11. Juli 1938 (RGBl. I, 903). Das EntschuldA. kann das GBA. um die Zusammenschreibung mehrerer zu einem Entschuldungsbetriebe gehöriger Grundstücke auf einem gemeinschaftlichen Grundbuchblatt unter den Voraussetzungen des § 4 GBO. ersuchen; derartige Grundstücke sind i. S. dieser Vorschrift rechtlich miteinander verbunden. Liegen sie in verschiedenen Grundbuchbezirken, so ist zunächst das zur Führung des gemeinschaftlichen Blattes zuständige GBA. gemäß § 5 FGG. zu bestimmen.

Für den landwirtschaftlichen Betrieb des M., zu dem Grundbesitz in L. im Bezirke des GBA. G. und in F. im Bezirke des GBA. Fr. gehört, schwebt seit 1934 das Entschuldungsverfahren. Ende April 1938 beantragte das EntschuldA. bei dem GBA. G. in der Form des § 29 Abs. 3 GBO., die zum Betriebe des M. gehörigen Grundstücke, die durch die gemeinsamen Bestimmungen des Entschuldungsverfahrens rechtlich miteinander verbunden seien, gemäß § 4 GBO. auf einem gemeinschaftlichen Blatt im Grundbuch von L. zusammenzuschreiben. Das GBA. wies den Antrag zurück. Die Beschw. des Leiters des EntschuldA. wurde von dem dem GBA. übergeordneten LG. M. zurückgewiesen. Die weitere Beschw. führte aus einem verfahrensrechtlichen Grunde zur Aufhebung der Vorentscheidung.

Nach Art. 22 der 9. VO. zur Durchführung der landw. Schuldenregelung v. 24. Nov. 1937 (RGBl. I, 1305) entscheidet über Beschw. gegen Entscheidungen des GBA., die im Zusammenhang mit der Durchführung der landwirtschaftlichen Schuldenregelung ergehen, an Stelle des nach § 72 GBO. zuständigen LG. das Gemeinschaftliche BeschwG. gemäß Art. 4 der 7. DurchfVO. vom 30. April 1935 sowie Art. 2 der VO. über EntschuldA. und gemeinschaftliche BeschwG. im Entschuldungsverfahren v. 25. Juni 1935 (RGBl. I, 793). Daß hier die Entscheidung des GBA. im Zusammenhang mit der Durchführung der Schuldenregelung ergangen ist, kann nicht zweifelhaft sein. Wenn es sich auch bei der erstrebten Zusammenschreibung der Grundstücke äußerlich um eine rein grundbuchliche Maßnahme handelt, so ist doch das dahingehende Ersuchen des EntschuldA. durch die Bedürfnisse des Entschuldungsverfahrens bestimmt worden und hat seine sachliche Grundlage im Entschuldungsrecht, und auch die Voraussetzungen des § 4 Abs. 2 GBO. können im gegebenen Falle nur unter Heranziehung der Entschuldungsregelung richtig beurteilt werden. Die Mitwirkung des ständig zur Entscheidung über Beschw. in Entschuldungssachen berufenen und deshalb besonders sachkundigen gemeinschaftlichen BeschwG. ist hiernach auch innerlich gerechtfertigt. Das Gemeinschaftliche BeschwG. für den fraglichen Bezirk ist aber beim LG. K. gebildet (Anl. 2 zur VO. über EntschuldA.).

Für die weitere Behandlung der Sache gab das KG. folgende Weisung:

Bei einem Eintragungsersuchen des EntschuldA., wie es hier vorliegt, hat das GBA. nur zu prüfen, ob das EntschuldA. im Rahmen seiner gesetzlichen Zuständigkeit handelt, also zur Stellung derartiger Ersuchen im allgemeinen befugt ist, und ob ferner die beantragte grundbuchliche Maßnahme gesetzlich zulässig ist (JFG. 13, 107 = JW. 1935, 3565[43]).

Die Ersuchensbefugnis des EntschuldA. ist auf Grund des Art. 31 Abs. 5 Satz 2 der 7. DurchfVO. i. Verb. m. § 52 SchuldReglG. zu bejahen. Danach kann diese Behörde, wenn ein Betrieb aus mehreren Grundstücken besteht, die Teilung oder Vereinigung einzelner Grundstücke oder Grundstücksteile im Grundbuch anordnen. Durch diese Vorschrift sollte dem EntschuldA. behufs zweckmäßiger Regelung der Belastungen des entschuldeten Betriebes die Möglichkeit gegeben werden, die grundbuchliche Eintragung der dazugehörigen Grundstücke so zu gestalten, daß sie den Bedürfnissen des Einzelfalls angepaßt ist. Die Maßnahmen sind deshalb nicht auf eine Teilung der Grundstücke oder ihre Vereinigung im technischen Sinne (vgl. § 5 GBO.) beschränkt, sondern es fallen darunter nach dem Sinn und Zweck der Regelung auch sonstige Veränderungen der grundbuchlichen Eintragung der Grundstücke. Daß über den Wortlaut der VO. hinaus auch die Zuschreibung nach § 890 Abs. 2 BGB., § 6 GBO. durch die Vorschrift betroffen wird, hat der Senat bereits im anderen Zusammenhange im Anschluß an Harmening-Pätzold (SchuldReglG.[2] § 14 Anm. 93) ausgesprochen (JFG. 15, 141; ebenso v. Rozycki-v. Höwel, „SchuldReglG." § 29 II B a, b). Die bloße Zusammenschreibung i. S. des § 4 GBO. hat aber rechtlich weniger weitgehende Wirkungen als die Vereinigung der Grundstücke oder die Zuschreibung des einen zum Bestande des anderen gemäß § 890 BGB., §§ 5, 6 GBO. Die Zuständigkeit des EntschuldA. zu dem Ersuchen um Durchführung einer solchen Maßnahme kann deshalb nicht in Zweifel gezogen werden.

Grundbuchlich zulässig ist die Zusammenschreibung von Grundstücken, die zum Bezirk verschiedener GBA. gehören, auf einem gemeinschaftlichen Blatt gemäß § 4 Abs. 2 GBO. nur, wenn die Grundstücke in ähnlicher Weise wie eine Heimstätte, ein Erbhof oder ein Familiengut rechtlich miteinander verbunden sind und solange von der Zusammenschreibung keine Verwirrung zu besorgen ist.

Zu Unrecht wird in dem angefochtenen Beschlusse die erste dieser Voraussetzungen verneint. Eine rechtliche Verbundenheit i. S. des § 4 Abs. 2 GBO. ist schon dann gegeben, wenn die zusammenzuschreibenden Grundstücke sachenrechtlichen Sondervorschriften unterliegen (JFG. 14, 209 = JW. 1937, 112[27]; vgl. Hesse-Saage-Fischer, „GBO." § 4 Anm. II). Die im Gesetz als Beispiele für rechtlich verbundenen Grundbesitz aufgeführten Rechtsgebilde der Reichsheimstätte, des Erbhofs, des Familienguts, aber auch des Waldguts und Schutzforstes weisen, abgesehen von dem einheitlichen Eigentum und der zusammenfassenden Bezeichnung und Zweckbestimmung, vor allem die Besonderheit auf, daß für sie gewisse gemeinsame Beschränkungen hinsichtlich ihrer Veräußerung und Belastung gelten, die auf ein voraussichtlich gemeinsames rechtliches Schicksal der Grundstücke hinweisen und deshalb deren grundbuchmäßige Zusammenfassung zweckmäßig erscheinen lassen. Das gleiche trifft aber auch für die Grundstücke zu, die zu einem Entschuldungsbetriebe gehören. Das ist nach § 80 SchuldReglG. ein landwirtschaftlicher, gärtnerischer oder forstwirtschaftlicher Betrieb, für den das Entschuldungs- oder Zwangsvergleichsverfahren bis zur Bestätigung des Entschuldungsplans oder des Zwangsvergleichs durchgeführt ist. Bei den zu einem solchen Betriebe gehörigen Grundstücken wird auf Ersuchen des EntschuldA. als Kennzeichen ihrer Zusammengehörigkeit in Abt. II des Grundbuchs der sog. Entschuldungsvermerk eingetragen (§ 80 S. 2). Diese Grundstücke unterliegen alsdann nach §§ 91 ff. SchuldReglG. und nach der VO. über die Veräußerung von Entschuldungsbetrieben v. 6. Jan. 1937 (RGBl. I, 5) bestimmten Beschränkungen in bezug auf neue Belastungen und auf eine Veräußerung. Sie dürfen insbes. nur mit unkündbaren Tilgungshypotheken und nur innerhalb der Mündelsicherheitsgrenze belastet werden. Der Umstand, daß

sich die Mündelsicherheitsgrenze auf den gesamten zu dem Entschuldungsbetriebe gehörigen Grundbesitz verteilt, macht im Interesse der Übersichtlichkeit die Zusammenschreibung der Grundstücke auf einem Grundbuchblatt besonders wünschenswert. Ist also im vorl. Falle — was das EntschuldA. bisher nicht ausreichend dargelegt hat — der Entschuldungsplan bestätigt und ist demgemäß mit der alsbaldigen Eintragung des Entschuldungsvermerks zu rechnen, so dürfte die Annahme einer rechtlichen Verbundenheit keinen Bedenken unterliegen.

Ob von der Zusammenschreibung der Grundstücke Verwirrung zu besorgen ist, hat das GBA. nach dem Inhalt des Grundbuchs pflichtgemäß zu prüfen. Wenn die Grundstücke gemäß der Angabe des BeschwF. gleichmäßig belastet sind oder es auf Grund des Entschuldungsplans werden sollen, so können jedenfalls in dieser Hinsicht Anstände nicht erhoben werden.

Ist hiernach die erstrebte Zusammenschreibung unter den bezeichneten Voraussetzungen an sich zulässig, so fehlt es doch zur Zeit an einer Zuständigkeit des von dem EntschuldA. ersuchten GBA. zu dieser Maßnahme. Gemäß § 4 Abs. 2 letzter Halbs. GBO. ist das für die Führung des gemeinschaftlichen Grundbuchblatts zuständige GBA. nach § 5 FGG. zu bestimmen. Nach dieser Vorschrift wird bei einem Streit oder einer Ungewißheit darüber, welches von mehreren Gerichten örtlich zuständig ist, das zuständige Gericht in erster Linie durch das gemeinschaftliche obere Gericht bestimmt. Das ist im vorl. Fall das LG. M., zu dessen Bezirk die beiden beteiligten GBA. gehören. Daran ist durch die VO. über die Zuständigkeit der OLG. in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und der KostO. v. 23. März 1936 (RGBl. I, 251) i. d. Fass. der VO. v. 11. Juli 1938 nichts geändert. Nach deren § 4 tritt die Zuständigkeit des Zentralgerichts im Falle des § 5 FGG. nur ein, wenn ein anderes gemeinschaftliches oberes Gericht außer dem RG. nicht vorhanden ist.

Die hiernach erforderliche Bestimmung des zuständigen GBA. wird nicht dadurch ersetzt, daß das EntschuldA. das Ersuchen um Zusammenschreibung und Führung des gemeinschaftlichen Blattes an das eine der beteiligten GBA. gerichtet hat. Die Zuständigkeit des gemeinschaftlichen oberen Gerichts gemäß § 5 FGG. ist eine ausschließliche. Es wird daher Sache des nunmehr zur Entscheidung über die Beschw. berufenen Gemeinschaftlichen BeschwG. sein, gegebenenfalls zunächst eine Entscheidung des LG. M. über die Bestimmung des für die Führung des gemeinschaftlichen Blattes zuständigen GBA. herbeizuführen.

(KG., 1. ZivSen., Beschl. v. 4. Aug. 1938, 1 Wx 311/38.) [H.]

*

15. KG. — § 52 SchuldReglG.; Art. 3 Abs. 5, 6, Art. 4, Art. 41 der 9. DurchfVO. z. SchuldReglG.; Gemeinschaftliche Richtlinie (= GR.) Nr. 82 v. 24. Nov. 1937 (DJ. 1937, 1912 = AME. Heft 285); Art. 3, Art. 5 Abs. 3 AblösungsVO.; §§ 22, 38 GBO.

1. Die Ersuchensbefugnis des EntschuldA. oder des Kommissars für die Osthilfe nach der Schuldenregelungsgesetzgebung ist grundsätzlich eine ausschließliche.

2. Die Entschuldungsstelle oder die mit der Durchführung des Verfahrens beauftragte Kreditanstalt, auf die eine von ihr abgelöste durch Hypothek gesicherte Forderung übergegangen ist, ist nicht befugt, bei dem GBA. die Eintragung der Bezeichnung der Hypothek als Schuldenregelungshypothek, der Bezugnahme auf die GR. Nr. 82 und des Briefausschlusses im Berichtigungswege gemäß § 22 GBO. zu betreiben.

Im Grundbuch von Burg Kolonie Bl. 219 und Burg Dorf Bl. 1047 steht in Abt. III unter Nr. 6 bzw. 21 eine verzinsliche Darlehnshypothek von 2000 GM. für die Eheleute K. zur Gesamthaft eingetragen.

Gemäß Art. 5 Abs. 3, Art. 6 AblösungsVO. v. 27. Febr. 1937 (RGBl. I, 266) ordnete der Kommissar für die Osthilfe durch Beschl. v. 9. Okt. 1937 u. a. an, daß die durch die Hypothek gesicherte persönliche Forderung bis zur Höhe von 1890 GM. durch die Märkische Landschaft in Berlin als beauftragte Kreditanstalt abgelöst und der übersteigende Betrag von 110 GM. gelöscht wird, und ersuchte das GBA. in zwei Eingaben vom 1. Nov. 1937, einen Teilbetrag von 110 GM. zu löschen und bei dem Restbetrag von 1890 GM. folgendes einzutragen:

„Zunächst umgewandelt in ein unkündbares Tilgungsdarlehn. Vom 15. Juni 1933 an jährlich mit 4 % zu verzinsen und mit ½ % zu tilgen. Danach gemäß der AblösungsVO. v. 27. Febr. 1937 (RGBl. I, 266) i. Verb. m. § 19 Abs. 1 SchuldReglG. vom 1. Juni 1933 (RGBl. I, 331) übergegangen auf die Märkische Landschaft in Berlin mit Wirkung vom 15. Jan. 1938 ab. Von diesem Zeitpunkt an betragen die Zinsen einschließlich Verwaltungskostenbeitrag 4 ½ %, die Tilgung ½ % jährlich. Die Tilgung beginnt am 1. Dez. 1938 neu. Die Jahresleistungen sind nunmehr fällig am 20. April und 20. Oktober jeden Jahres. Zugunsten der Deutschen Rentenbank-Kreditanstalt zu Berlin besteht gemäß § 19 Abs. 3 SchuldReglG. ein Pfandrecht."

Nach dem — am 2. Dez. 1937 erfolgten — Inkrafttreten der 9. DurchfVO. zum SchuldReglG. v. 24. Nov. 1937 (RGBl. I, 1305) überreichte die Märkische Generallandschaftsdirektion Ausfertigung des Ablösungsbeschlusses v. 9. Okt. 1937, die beiden Eintragungsersuchen vom 1. Nov. 1937 und den Hypothekenbrief dem GBA. mit dem Antrage, bei der Eintragung den bei der Abfassung der Ersuchen nicht berücksichtigten Bestimmungen der Art. 3 und 4 der 9. DurchfVO. und der GR. Nr. 82 v. 24. Nov. 1937 (DJ. 1937, 1912 = AME. Heft 285) Rechnung zu tragen, d. h. die Hypothek als Schuldenregelungshypothek zu bezeichnen, die Briefbildung auszuschließen und auf die GR. Nr. 82 Bezug zu nehmen. Das GBA. antwortete unter Hinweis auf die Art. 3 Abs. 5 und 6, Art. 41 der 9. DurchfVO., daß nur der Osthilfekommissar die Berichtigung des Ersuchens veranlassen könne. Eine gegen diese Verfügung eingelegte Beschw. der Generallandschaftsdirektion wies das LG. (das gemeinschaftliche BeschwG. i. S. des Art. 22 der 9. DurchfVO.) als Beschw. der Entschuldungsstelle zurück. Nunmehr legte die Generallandschaftsdirektion weitere Beschwerde mit dem Bemerken ein, daß der Antrag von ihr weder als Entschuldungsstelle, noch als mit der Durchführung des Verfahrens beauftragte Kreditanstalt, sondern namens der Märkischen Landschaft als Gläubigerin gestellt sei.

Die weitere Beschw. hat keinen Erfolg, weil eine gemäß § 71 GBO. mit der Beschw. anfechtbare Entsch. nicht vorliegt. (Dies wird unter Hinweis auf die Beschlüsse JFG. 12, 269 und HöchstRRspr. 1931 Nr. 608 näher ausgeführt.)

Zur Sache selbst kann daher der Senat nur wegweisend Stellung nehmen. Die Darlehnshypothek ist in Höhe eines Teilbetrages von 1890 GM. infolge Ablösung auf Grund des unanfechtbaren Ablösungsbeschlusses des Osthilfekommissars nach den Art. 3, 5 Abs. 3, Art. 6 AblösungsVO. von den eingetragenen Gläubigern, den Eheleuten K., auf die Märkische Landschaft außerhalb des Grundbuchs übergegangen. Die Landschaft verlangt nunmehr die Berichtigung des Grundbuchs gemäß § 22 GBO. Zum Nachweis der Unrichtigkeit verweist sie auf den Ablösungsbeschluß und die beiden Eintragungsersuchen des Osthilfekommissars und die in dem Ersuchen noch nicht berücksichtigten mit rückwirkender Kraft versehenen Bestimmungen der Art. 3, 4 Abs. 1 und 2 Ziff. 2, Art. 41 der 9. DurchfVO. zum SchuldReglG. und der dort vorgesehenen gemäß Art. 23 auch für das GBA. verbindlichen GR. Nr. 82 Der von der Landschaft gestellte Antrag enthält also nicht eine bloße Wiederholung der in dem Ersuchen des Osthilfekommissars enthaltenen Anträge, sondern eine teilweise Abänderung dieser Anträge im Hinblick auf die durch die 9. DurchfVO. und die GR. Nr. 28 eingetretenen Änderungen des bisherigen Rechtsstandes. Zu einer solchen selbständigen Abänderung der Ersuchen des Osthilfekommissars ist aber die Landschaft weder als Entschuldungsstelle, noch als beauftragte Kreditanstalt, noch als Gläubigerin der Ablösungshypothek befugt.

Nach der Rspr. des Senats ist zwar ein Beteiligter berechtigt, gegen die Beanstandung oder die Zurückweisung eines von einer Behörde gestellten Ersuchens selbständig Beschw. einzulegen, um diesem Ersuchen zum Erfolge zu verhelfen (KGJ. 21, A 96; 34, A 257; 41, 253; JFG. 4, 303; 5, 298). Jedoch ist er in der Regel nicht befugt, neben der Behörde die Berichtigung des Grundbuchs durch einen entsprechenden Antrag bei dem GBA. selbst zu betreiben, weil die Ersuchensbefugnis einer Behörde i. S. des § 38 GBO. (§ 39 GBO. a. F.) grundsätzlich (Ausnahme: § 941 ZPO.; vgl. KGJ. 41, 221; JFG. 5, 303) eine ausschließliche ist und daher einem auf die §§ 13, 19, 22 GBO. gestützten Parteibetrieb entgegensteht. In der grundlegenden Entsch. KGJ. 41, 188, 192, 193 hat der Senat dies für den in § 33 PrEnteigG. v. 11. Juni 1874 geregelten Fall der Ersuchensbefugnis einer Enteignungsbehörde (ebenso wegen der Ersuchensbefugnis des Vollstreckungsgerichts: JFG. 4, 303) angenommen und wie folgt begründet:

„Allerdings ist in § 33 nur bestimmt, daß die Enteignungsbehörde gleichzeitig mit der Enteignungserklärung das GBA. um die Eintragung des Eigentumsüberganges in das Grundbuch zu ersuchen habe; es ist also dort, ebenso wie in § 130 ZwVerstG. hinsichtlich der Eintragung des Erstehers auf Ersuchen des Vollstreckungsgerichts, nicht ausdrücklich ausgesprochen, daß die Befugnis der Behörde zur Herbeiführung der Eintragung des Eigentumsüberganges eine ausschließliche sei. Indes enthält die Festsetzung des Rechtes und der Pflicht einer Behörde, im öffentlichen Interesse eine Eintragung zu erwirken, ohne weiteres die Ausschließung des nicht etwa besonders zugelassenen Parteibetriebs. Dies folgt aus der verschiedenen Rechtsstellung des GBA. gegenüber dem Eintragungsantrag eines Beteiligten und gegenüber dem Eintragungsersuchen einer Behörde. Während der Parteiantrag nur Erfolg haben kann, wenn er durch seine Unterlagen (Eintragungsbewilligung des Betroffenen und sonst etwa zu der Ein-

tragung erforderliche Erklärungen Dritter oder Nachweis der Unrichtigkeit des Grundbuchs) gerechtfertigt wird, unterliegt das Ersuchen einer zuständigen Behörde nur gewissen Anforderungen an Form und Inhalt; seine Unterlagen sind vom GBA. nicht nachzuprüfen; die Verantwortung für deren Vorhandensein trifft, wie schon nach § 41 PrGBO., so jetzt nach § 39 RGBO., lediglich die ersuchende Behörde. Die Erteilung der Befugnis zu einem Eintragungsersuchen an eine Behörde enthält somit zugleich die Entlastung des GBA. von einer Verantwortung. Mit dieser, wie man annehmen muß, vom Gesetzgeber gewollten Entlastung erscheint es mangels einer besonderen Bestimmung nicht vereinbar, neben dem behördlichen Eintragungsersuchen den Parteiantrag zuzulassen. Dazu kommt, daß im Falle einer solchen Zulassung das GBA. um die infolge der Enteignung einzutragende Grundbuchberichtigung sowohl von der Enteignungsbehörde als auch von dem Unternehmer angegangen werden könnte und daß dann infolge des verschiedenen Umfanges der Prüfungspflicht möglicherweise gegenüber dem Unternehmer anders als gegenüber der Behörde entschieden werden müßte, wobei die Ablehnung des Antrages des Unternehmers die Verneinung der materiellen Berechtigung des Ersuchens der Behörde in sich schließen könnte. Die Möglichkeit einer derartigen Differenz kann nicht i. S. des Gesetzes liegen."

Diese Erwägungen, an denen festzuhalten ist, gelten — von einigen noch zu erörternden Ausnahmen abgesehen — grundsätzlich auch für die Ersuchensbefugnis des EntschuldA. bzw. des Osthilfekommissars nach der Schuldenregelungsgesetzgebung.

Durch die Schuldenregelung soll erreicht werden, daß der Inhaber eines landwirtschaftlichen, forstwirtschaftlichen oder gärtnerischen Betriebes in die Lage versetzt wird, aus dem Ertrage seiner Arbeit den Lebensunterhalt für sich und seine Familie zu bestreiten und seine aus der Vergangenheit stammenden Schulden zu verzinsen und allmählich abzutragen und damit zugleich für die Zukunft eine erneute Verschuldung des Betriebes zu vermeiden (§§ 1 Abs. 2, 28 SchuldReglG.). Die Durchführung der Schuldenregelung erfolgt nicht so sehr im Interesse des Betriebsinhabers und seiner Gläubiger. Ihre entscheidende Bedeutung erhält sie vielmehr durch das Interesse der Volksgesamtheit an der Erhaltung eines zur Erfüllung seiner Gemeinschaftsaufgaben fähigen gesunden Bauerntums (Mayer-Steiger, „Einführung in das SchuldReglG.", S. 11). Die Erreichung dieses Zweckes erfordert außerordentliche Maßnahmen. Das Schuldenregelungsrecht schafft daher die Möglichkeit, in die wirtschaftlichen und rechtlichen Grundlagen des Betriebes und die Interessen der Beteiligten weitgehend einzugreifen. Es legt die gesamte Prüfung und Entscheidung aller wirtschaftlichen und rechtlichen Fragen in letzter Linie bewußt in die Hände des EntschuldA., dem die seiner Aufsicht unterstellte und an seine Weisungen gebundene Entschuldungsstelle (Art. 7 der 7. DurchfVO.) als Gehilfin zur Seite steht. Das EntschuldA. trägt daher die volle Verantwortung für die Richtigkeit auch seiner rechtlichen Maßnahmen gegenüber allen Beteiligten, der Entschuldungsstelle und auch gegenüber dem GBA. Dieser Verantwortung entspricht es, auf der anderen Seite dem EntschuldA. die alleinige Befugnis zuzuerkennen, losgelöst von den allgemeinen Eintragungserfordernissen, den grundbuchmäßigen Anträgen, Bewilligungen und Unrichtigkeitsnachweisen, und unter Ausschaltung des sonst gemäß diesen Vorschriften zulässigen Parteibetriebes, grundsätzlich allein und ausschließlich die Eintragung des zur sachgemäßen Durchführung des Entschuldungsverfahrens erforderlichen Eröffnungsvermerks gemäß § 8 Abs. 2 SchuldReglG. (vgl. 1 Wx 366/35: DNZ. 1936, 60; wegen der Löschung vgl. § 23 Abs. 2 SchuldReglG.), und insbes. die Eintragung der sich aus der Durchführung des Verfahrens ergebenden Änderungen gemäß § 52 SchuldReglG. mittels Ersuchens herbeizuführen (so auch Boehr: JW. 1936, 306 und v. Rozycki-v. Hoewel, „Komm. zum SchuldReglG.", 5. Aufl., § 52 Anm. I, 7). In Übereinstimmung hiermit wird in der GR. Nr. 19 v. 14. Jan. und 9. Juli 1935 (AME. 130, 161) hervorgehoben, daß dem EntschuldA. die Vorbereitung der durch das GBA. vorzunehmenden Grundbucheintragungen obliegt, und daß die Ansicht, daß sich das GBA. bei Zweifeln über die Bedeutung des Entschuldungsplans mit der Entschuldungsstelle in Verbindung zu setzen habe, mit den für die sonstige Tätigkeit des GBA. geltenden Verfahrensgrundsätzen nicht im Einklang steht. Der erwähnte Grundsatz findet schließlich seine Bestätigung in der Tatsache, daß eine Antragsbefugnis der Entschuldungsstelle und der sonstigen Beteiligten nur vereinzelt, also nur ausnahmsweise, vorgesehen ist.

So bestimmt § 19 Abs. 3 S. 2 SchuldReglG. (vgl. ferner Art. 19 der 6. DurchfVO., Art. 5 AblöfSchuldverschrVO., Art. 19 PächtEntschuldVO., Art. 3 AblösungsVO., Art. 4 Abs 2 Ziff. 3 und Art. 21 Abs. 3 der 9. DurchfVO.), daß das gesetzliche Pfandrecht der Deutschen Rentenbank-Kreditanstalt an einer auf die Entschuldungsstelle oder die beauftragte Kreditanstalt infolge Ablösung übergangenen Hypothek „auf Antrag der Entschuldungsstelle im Grundbuch einzutragen ist". Für diesen Sonderfall ist also der Entschuldungsstelle ein selbständiges Antragsrecht neben der sich aus § 52 SchuldReglG. ergebenden allgemeinen Ersuchensbefugnis des EntschuldA. zuerkannt. Dagegen erfolgt die Eintragung des Übergangs der abgelösten Hypothek auf die Entschuldungsstelle (die beauftragte Kreditanstalt) als die neue Gläubigerin lediglich auf Grund eines Ersuchens des EntschuldA., und zwar mangels einer besonderen Ausnahmevorschrift im Anwendungsgebiet des § 19 Abs. 1 SchuldReglG. gemäß § 52 SchuldReglG. (ebenso Harmening-Pätzold, 2. Aufl., § 19 Anm. II und Boehr: JW. 1936, 306; anderer Ansicht v. Rozycki-v. Hoewel, § 19 Anm. II, 7, § 52 Anm. I, 7 und Knoetzsch: JW. 1935, 3007, die außerdem bzw. nur eine Eintragung im Berichtigungswege gemäß den §§ 22, 29 GBO. für zulässig halten) und im Anwendungsgebiet des Art. 3 AblösungsVO. gemäß Art. 5 Abs. 3 S. 3 daselbst. Das gleiche gilt gemäß Art. 16 der 3. DurchfVO. hinsichtlich der Eintragung einer einheitlichen Hypothek für alle oder einzelne auf die Entschuldungsstelle übergehenden Forderungen (so Harmening-Pätzold, § 19 Anm. 5 und v. Rozycki-v. Hoewel, § 19 Anm. II, 8), weil diese Vorschrift die Entschuldungsstelle ersichtlich nur hat ermächtigen wollen, einen entsprechenden Antrag auf Bildung einer Einheitshypothek bei dem EntschuldA., nicht aber unmittelbar bei dem GBA. zu stellen. Eine weitere Ausnahme von dem Grundsatz der Ausschließlichkeit der Ersuchensbefugnis des EntschuldA. enthält die GR. Nr. 6 v. 9. Juli 1935 (AME. Heft 161), nach welcher die Eintragung einer Löschungsvormerkung im Falle des Art. 28 der 7. DurchfVO. außer auf Ersuchen des EntschuldA. auch auf Grund einer formgerechten Eintragungsbewilligung des Eigentümers erfolgen kann (vgl. dazu Harmening-Pätzold, § 52 Anm. 2).

Durch die 9. DurchfVO. ist der Grundsatz der Ausschließlichkeit der Ersuchensbefugnis des EntschuldA. nicht aufgegeben worden. Die Art. 1 Abs. 2, Art. 3 Abs. 6 S. 4 und Art. 4 Abs. 2 Ziff. 3 Satz 1 und 2 der 9. DurchfVO. sind allerdings im Gegensatz zu den §§ 8 Abs. 2, 52 SchuldReglG. und den Art. 6, 7, 10 Abs. 4 bis 6, 25, 29 Abs. 5, 6, 30 und 40 als Sollvorschriften gefaßt. Eine nähere Betrachtung zeigt indes, daß hierdurch eine Änderung der Bedeutung der Ersuchensbefugnis des EntschuldA. nicht beabsichtigt war. Der Art. 1 bringt in Änderung des § 23 Abs. 2 SchuldReglG. lediglich eine zeitliche Erstreckung der Geltung der Belastungssperre aus § 8 Abs. 1 S. 2 SchuldReglG. und damit der Dauer der Eintragung des Eröffnungsvermerks aus § 8 Abs. 2 SchuldReglG. (Pfundtner-Neubert, Art. 1 Anm. 1 und 2) und läßt daher die alleinige Befugnis des EntschuldA., um die Löschung des Vermerks zu ersuchen, an sich unberührt (so anscheinend auch v. Rozycki-v. Hoewel, § 8 Anm. III, b). Ähnlich ist die Rechtslage im Falle des Art. 3 Abs. 6 S. 4 i. Verb. m. Abs. 5. Diese Vorschrift setzt voraus, daß das nach dem bisherigen Recht von dem EntschuldA. gestellte Ersuchen (Hauptersuchen) von dem GBA. bereits ausgeführt ist. Sie hat den Zweck, einer durch die Änderung des materiellen Schuldenregelungsrechts im Abs. 5 des Art. 3 bedingten Überlastung des EntschuldA. nach Möglichkeit vorzubeugen. Das EntschuldA. wird daher ermächtigt, mit der Stellung des Nachtragsersuchens um die Eintragung der Änderungen zu warten, bis es seine Geschäftslage erlaubt. Eine hierdurch etwa eintretende Verzögerung der Berichtigung des Grundbuchs hat keine Schädigung der Beteiligten zur Folge, weil bis zu diesem Zeitpunkt die Vorschriften des BGB. zugunsten derjenigen, die Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, gemäß Satz 3 des Abs. 6 des Art. 3 keine Anwendung finden. Ist das Hauptersuchen vom GBA. noch nicht ausgeführt, so kann es nur vom EntschuldA. geändert werden. Das folgt aus der allgemeinen Vorschrift des § 52 SchuldReglG. Bei dem Hauptersuchen die Ausschließlichkeit der Ersuchensbefugnis des EntschuldA. anzuerkennen, sie dagegen bei den Nachtragsersuchen zu verneinen, fehlt es unter diesen Umständen an einem inneren Grund. Entsprechendes gilt für den Fall des Art. 4 Abs. 2 Ziff. 3 S. 1. Die ausschließliche Befugnis des EntschuldA., das GBA. um die Eintragung des Übergangs einer abgelösten Forderung auf die Entschuldungsstelle (beauftragte Kreditanstalt) zu ersuchen, ergibt sich, wie bereits oben ausgeführt ist, aus § 52 SchuldReglG. bzw. Art. 5 Abs. 3 S. 3 AblösungsVO. Die neue Bestimmung der 9. DurchfVO. stellt nur noch klar, in welchem Zeitpunkt, nämlich nach schriftlicher Mitteilung seitens der Entschuldungsstelle über die erfolgte Ablösung, das EntschuldA. ein entsprechendes Ersuchen an das GBA. zu richten hat. Die Vorschrift des Art. 4 Abs. 2 Ziff. 3 S. 2 hebt zur Vermeidung von Mißverständnissen hervor, daß das Recht der Entschuldungsstelle, die Eintragung des Pfandrechts der Deutschen Rentenbank-Kreditanstalt gemäß den Vorschriften des § 19 Abs. 3 S. 2 SchuldReglG. und des Art. 19 der 6. DurchfVO. zu bean-

tragen, die sich insoweit an sich schon aus § 52 SchuldReglG. ergebende Ersuchensbefugnis des EntschuldA. unberührt läßt, nachdem dies für den Fall des Art. 3 AblösungsVO. bereits durch Art. 5 Abs. 3 S. 3 daselbst klargestellt war. Darin liegt zugleich eine Bestätigung der oben vertretenen Auffassung, daß § 19 Abs. 3 S. 2 SchuldReglG. eine Ausnahmevorschrift darstellt. Sie hat überdies jetzt fast jede praktische Bedeutung verloren. Denn die Eintragung des Pfandrechts ist ohne die mindestens gleichzeitige Eintragung des Übergangs der abgelösten Hypothek auf die Entschuldungsstelle nicht möglich. Die Eintragung des Übergangs kann aber nur auf Ersuchen des EntschuldA. erfolgen, so daß die Entschuldungsstelle in der Regel keine Veranlassung haben wird, von ihrem Antragsrecht Gebrauch zu machen.

Die Schuldenregelungshypothek muß ferner gemäß Art. 4 Abs. 2 Ziff. 2 der 9. DurchfVO. brieflos sein. Mangels einer Ausnahmevorschrift kann der Briefausschluß (§ 1116 Abs. 2 BGB.) nur auf ein gemäß § 52 SchuldReglG. gestütztes Ersuchen des EntschuldA. im Grundbuch eingetragen werden (a. A. v. Rozycki-v. Hoewel, Anm. II, 8, der die Eintragung auch im Berichtigungswege zulassen will; dagegen ebenso für den ähnlichen Fall des § 15 SchuldReglG., Art. 22 der 7. DurchfVO. v. Rozycki-v. Hoewel, § 15 Anm. II, 5 und 6, Harmening-Pätzold, § 15 Anm. 7 und Knoetzsch: JW. 1935, 3006; vgl. ferner GR. Nr. 5 v. 9. Juli 1935 [AME. Heft 161]). Die Bestimmung des Art. 4 Abs. 2 Ziff. 4 der 9. DurchfVO., daß für die Bewilligung der Löschung der Hypothek, d. h. der Schuldenregelungshypothek (§ 19 GBO.), sowie für die Zustimmung des Eigentümers (§ 27 GBO.) die schriftliche Form (§ 126 BGB.) genügt und der § 29 Abs. 3 GBO. unberührt bleibt, beruht darauf, daß die Bewilligung der Löschung einer für die Entschuldungsstelle als Gläubigerin eingetragenen mit dem Pfandrecht der Rentenbank-Kreditanstalt belasteten Hypothek im Grundbuch als nicht mit der Durchführung der Schuldenregelung im Zusammenhang stehend nicht zu den Aufgaben des EntschuldA. gehört, sondern ausschließlich Sache der Beteiligten ist.

Hiernach ist die Märkische Landschaft weder als Entschuldungsstelle (beauftragte Kreditanstalt) noch als Gläubigerin der abgelösten Forderung befugt, die Eintragung der Post als Schuldenregelungshypothek, die Eintragung der Bezugnahme auf die GR. Nr. 82 und die Eintragung des Briefausschlusses zu verlangen. Das GBA. wird daher nunmehr ihren Antrag mangels eines Antragsrechts ohne Erlaß einer Zwischenverfügung zurückzuweisen haben. Außerdem wird es über die offenbar mit Willen des Osthilfekommissars zu den Akten gelangten Ersuchen desselben vom 1. Nov. 1937 zu befinden und diesen in der vorl. Form stattzugeben haben, sofern nicht der Kommissar auf eine entsprechende Anfrage des GBA. ein die Änderungen der 9. DurchfVO. und der GR. Nr. 82 berücksichtigendes Nachtragsersuchen alsbald einreichen sollte. Für den Fall, daß der Kommissar auch um die Eintragung des Briefausschlusses ersuchen sollte, sei noch das Folgende bemerkt: Ob die Vorschrift des Abs. 2 Ziff. 2 des Art. 4 hier Anwendung zu finden hat, kann immerhin zweifelhaft sein. Denn der Abs. 2 des Art. 4 ist in Art. 41 nicht angezogen. Von Golling: RdRR. 1938, 9, Pfundtner-Neubert, 9. DurchfVO., Art. 3 Anm. 2, 41 Anm. 2 und v. Rozycki-v. Hoewel, Art. 41 Anm. 2 wird aber die Ansicht vertreten, daß die Anwendung des Abs. 2 des Art. 4 auch im Osthilfe-Entschuldungsverfahren bei abgelösten Forderungen ausnahmsweise zulässig ist, weil die Ablösung ausschließlich nach Schuldenregelungsgrundsätzen durchgeführt wird. Ob dem beizupflichten ist, bedarf hier keiner Entscheidung. Denn auch wenn sich der Kommissar diesem Standpunkt anschließen sollte, würde das GBA. bei der Erledigung des Ersuchens hieran gebunden sein, weil der Kommissar die alleinige Verantwortung für die Richtigkeit seiner Rechtsauffassung trägt.

(KG., 1. ZivSen., Beschl. v. 7. Juli 1938, 1 Wx 276/38.) [H.]

Beamtenentschuldung

16. OLG. — § 3 VO. zur Durchführung und Ergänzung des Ges. über die Abtretung von Beamtenbezügen zum Zwecke der Entschuldung der Beamten v. 29. Okt. 1936 (RGBl. I, 932). Gegen die Entscheidung des Vollstreckungsgerichts über den Antrag der Entschuldungsstelle auf einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung findet das Beschwerdeverfahren nach den Bestimmungen der ZPO. statt. Der Schuldner selbst ist nicht beschwerdeberechtigt.

Das Vollstreckungsgericht hatte auf Antrag der Entschuldungsstelle die Zwangsvollstreckung aus einem von ihm erlassenen Pfändungs- und Überweisungsbeschluß gegen den Schuldner, einen früheren städtischen Beamten, in sein Ruhegehalt auf Grund des § 3 der obigen Verordnung (= EntschVO.) einstweilen eingestellt. Das LG. hat auf die sofortige Beschw. der Gläubiger den Einstellungsbeschluß des Vollstreckungsgerichts durch den jetzt angefochtenen Beschluß aufgehoben, weil die Einstellung für die Gläubiger eine unbillige Härte bedeute (§ 3 Abs. 2 EntschVO.). Die Entschuldungsstelle und der Schuldner selbst haben dagegen weitere sofortige Beschw. eingelegt, weil keine unbillige Härte vorliege. Das OLG. hat die weitere Beschw. der Entschuldungsstelle für zulässig erachtet, den Beschluß des LG. aufgehoben und die (erste) Beschw. der Gläubiger gegen den Beschluß des Vollstreckungsgerichts als unbegründet zurückgewiesen; die für unzulässig erachtete weitere Beschw. des Schuldners selbst hat es für erledigt erklärt.

Die von Amts wegen gebotene Prüfung der Zulässigkeit der beiden Beschw., die zugleich von Bedeutung ist für die Zulässigkeit auch schon der ersten Beschwerde der Gläubiger, hängt von der Stellungnahme zu der Frage ab, ob gegen einen Beschluß des Vollstreckungsgerichts auf Grund der EntschVO. überhaupt ein Beschwerdeverfahren und alsdann nach den Vorschriften der ZPO. darüber stattfindet. Die EntschVO. enthält keinerlei Bestimmungen hierüber, ebensowenig das BeamtEntschuldG. selbst vom 18. Okt. 1935 und die (bei Pfundner-Neubert, „Das Deutsche Reichsrecht", Ic 8, Beamtenentschuldung, S. 1 und 5 abgedruckte) Einführung zu ihnen. Jonas (in seinem „Zwangsvollstreckungsnotrecht" (12), S. 321 Anm. k) nimmt die Zulässigkeit des Beschwerdeverfahrens nach Maßgabe der ZPO. ohne weitere Begründung an. In der Rspr. ist die Frage, soweit ersichtlich, bisher noch nicht erörtert. Der entscheidende Senat schließt sich der bejahenden Ansicht von Jonas aus folgenden Erwägungen an.

Aus dem Schweigen der EntschVO. über einen Instanzenzug gegen die Entsch. des Vollstreckungsgerichts allein wird man allerdings weder nach der einen noch nach der anderen Richtung etwas entnehmen können; denn ebensogut wie daraus, also aus dem nicht ausdrücklichen Ausschluß der Anfechtungsmöglichkeit auf die Zulässigkeit der Beschwerde geschlossen werden könnte, könnte man meinen, daß das dann, wenn es gewollt gewesen wäre, zumal im Hinblick auf die immerhin anderweite Regelung des Antragverfahrens (§ 2 Abs. 2 S. 2, Abs. 3), auch ausgesprochen worden wäre. Ebenso ist eine Schlußfolgerung aus einem Vergleiche mit anderen Vollstreckungsgesetzen, in denen dem Vollstreckungsgericht ebenfalls eine gewisse Tätigkeit über den eigentlichen Rahmen der ZPO. hinaus zugewiesen worden ist, bedenklich. So namentlich etwa mit der VO. über Zwangsvollstreckungsmaßnahmen v. 26. Mai 1933 i. d. Fass. des RGes. v. 24. Okt. 1934, durch deren § 18 Abs. 5 die dortigen Entscheidungen des Vollstreckungsgerichts ausdrücklich für unanfechtbar erklärt worden sind, oder mit dem VollstrMißbrG. v. 13. Dez. 1934, das — ebenso wie die EntschVO. — nichts über die Anfechtbarkeit der Entscheidung des Vollstreckungsgerichts in seinem Bereiche besagt und für das dennoch die Zulässigkeit der Beschw. nach Maßgabe der ZPO. einhellig in Rechtslehre und Rspr. (u. a. JW. 1937, 891[19] und 2613[59]) bejaht wird; denn abgesehen nebenbei davon, daß diese beiden von einem anderen Reichsressort (dem RJM.) ausgegangen sind als das durch das RMdJ. bearbeitete BeamtEntschuldG. und seine DurchfVO., so daß schon darum dort gegenüber hier von anderen Erwägungen und Absichten ausgegangen sein könnte, sind jene beiden ausgesprochene und sich eng an die anderweiten Vorschriften der ZPO. anlehnende Vollstreckungsgesetze; bei der geschehenen Regelung der Beamtenentschuldung handelt es sich dagegen um Vorschriften, die aus besonderen fürsorglichen Rücksichten des Beamtenrechts erlassen sind, die für sich selbständig ergangen sind und in nur recht losem Zusammenhange, soweit das für diese Zwecke eben notwendig erschien, mit den Vorschriften der ZPO. über Vollstreckungen stehen. Ob nach der EntschVO. die Entscheidung des Vollstreckungsgerichts aus § 3 mit einem Rechtsmittel anfechtbar ist, wird man daher aus ihr selbst im wesentlichen nur zu entnehmen haben.

Durch die geschehene gesetzliche Regelung der Beamtenentschuldung ist auf beschränkt gedachte Zeit (§ 2 Abs. 1 BeamtEntschuldG.) eine Erweiterung der Rechte der Gläubiger eines Beamten durch freiwillige Erhöhung des abtretbaren Gehalts seitens des Schuldners über die Grenze des § 850 Abs. 1 ZPO. hinaus ermöglicht (§ 1 BeamtEntschuldG.). Andererseits ermöglicht es die EntschVO. abweichend von den sonst bestehenden Vollstreckungsvorschriften der ZPO. in dem Sonderfalle der Beamtenentschuldung durch einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung die an sich wohlbegründeten Vollstreckungsrechte des Gläubigers in für ihn empfindlicher Weise zu beschränken. Die Vorschriften über die Beamtenentschuldung enthalten demnach, wenn sie auch für sich selbständig erlassen sind, einen starken, bei der EntschVO. sich auf die Vollstreckung auswirkenden zivilprozessualen Einschlag und demgemäße Bedeutung. Es ist kein rechter Grund ersichtlich, weshalb die den Beteiligten nach den Vorschriften der ZPO. in son-

stigen Fällen einer Beeinträchtigung ihrer Rechte im Vollstreckungsverfahren offenstehenden Rechtsbehelfe ihnen versagt sein sollten, wenn und weil es sich um Entschuldung eines Beamten handelt. Aus der Regelung des Verfahrens in anderweiter Hinsicht durch § 3 Abs. 2 Satz 2 und Abs. 3 EntschVO. kann das Gegenteil nicht entnommen werden, da sie sich eben hierauf nicht beziehen. Ebenso, wenigstens soweit der Gläubiger in Betracht kommt, nicht ohne weiteres aus dem Umstande, daß das Entschuldungsverfahren im übrigen in die Hand der Entschuldungsstelle gelegt ist und sie nach Art eines Treuhänders der Gesamtheit der Beteiligten für eine nach Möglichkeit und den Umständen gleichmäßige Befriedigung und damit Entschuldung zu sorgen hat. Überwiegende Belange eines Beteiligten werden auch dann vorzugehen haben, wie sich auch schon aus den Ausnahmefällen des § 3 der Verordnung ergibt. Es hätte sonst vielleicht auch nahe gelegen, mit dem Eintritt des Entschuldungsverfahrens jede Zwangsvollstreckung in das Gehalt usw. schlechthin und ohne weiteres, also nicht erst auf einen Antrag der Entschuldungsstelle hin für eingestellt zu erklären. Danach ist anzunehmen, daß, wenn die EntschVO. das sonst nach der ZPO. bei Vollstreckungen gewährte Beschwerderecht hätte versagen wollen, das dann auch in ihr ausdrücklich ausgesprochen worden wäre. In Ermangelung dessen hat es daher bei der Zulässigkeit der Beschw. nach Maßgabe der Vorschriften der ZPO. im sonstigen Vollstreckungsverfahren auch gegenüber der Entscheidung des Vollstreckungsgerichts im Falle des § 3 EntschVO. zu verbleiben.

Unbedenklich wird man hiernach jedenfalls dem Vollstreckungs*gläubiger* als dem durch eine einstweilige Einstellung sehr wesentlich Beschwerten das Beschwerderecht zuzugestehen haben. Das gleiche Recht wird füglich auch der *Gegenseite* bei Ablehnung des Antrags auf Einstellung oder deren Aufhebung nicht zu versagen sein. Allerdings da doch mit einer Einschränkung, die sich aus der besonderen Regelung des Entschuldungsverfahrens ergibt. Nach § 3 Abs. 1 EntschVO. ist zu dem Antrage auf einstweilige Einstellung die Entschuldungsstelle berechtigt, nicht der Schuldner selbst. Der Schuldner ist demgemäß auch von dem weiteren Verfahren ausgeschlossen. Wenn es sich auch dabei gerade doch um seine höchsteigenen Belange handelt, so ist das eben eine Folge nun mal der gesetzlichen Regelung, die auch wohl schwerlich jemals zu einer Benachteiligung in seinen Rechten oder auch bloß zu einem Interessenwiderstreit führen wird, weil der Entschuldungsstelle schon selbst an der möglichst ungestörten Durchführung des Entschuldungsverfahrens i. S. und Interesse des Schuldners gelegen sein wird. An Stelle des Schuldners ist hiernach durch § 3 Abs. 1 die Entschuldungsstelle als auf seiner Seite *Alleinberechtigte* am Verfahren vor dem Vollstreckungsgericht eingeschoben. Ihr muß daher auch das Beschwerderecht für ihn im Falle einer ungünstigen Entscheidung durch das Vollstreckungsgericht (oder weiterhin des BeschwG.) offenstehen. Eine vom *Schuldner selbst* eingelegte Beschw. ist dagegen nach der EntschVO. unzulässig; sie kann gegenüber der durch die EntschVO. getroffenen Sonderregelung auch nicht auf etwa sonst einem Schuldner nach der ZPO. zustehende Beschwerdemöglichkeiten gestützt werden.

Der hiernach und weiter nach §§ 568 Abs. 2, 793 ZPO. zulässigen weiteren sofortigen Beschw. der Entschuldungsstelle war auch sachlich stattzugeben (wird ausgeführt). Statt einer Verwerfung der an sich unzulässigen, inhaltlich gleichgerichteten Beschwerde des Schuldners genügte es im vorl. Falle, sie durch die Entscheidung über die Beschw. der Entschuldungsstelle für erledigt zu erklären.

(OLG. Naumburg, 7. ZivSen., Beschl. v. 9. Aug. 1938, 7 W 102/38.)

Zivilprozeßordnung

17. RG. — §§ 181, 182 ZPO.

1. Sind einem Hauswart nur Dienstleistungen rein technischer Art anvertraut und ist für Dritte erkennbar, daß der Hauseigentümer ihn nicht als Vertreter in allen Hausangelegenheiten betrachtet wissen will, dann kann eine Ersatzzustellung an ihn nach § 181 Abs. 2 ZPO. nicht bewirkt werden.

2. Eine Ersatzzustellung an den Hauswirt gemäß § 181 Abs. 2 ZPO. kann nicht vorgenommen werden, wenn der Hauswirt im Nachbarhause wohnt, auch wenn er durch eine im Wohnhause des Empfängers befindliche Klingel zu erreichen ist.

3. Das „Abgeben" der schriftlichen Mitteilung über die Niederlegung des zuzustellenden Schriftstücks gemäß § 182 ZPO. braucht nicht durch Aushändigung der Mitteilung an eine bestimmte Person zu erfolgen; es genügt, wenn die Mitteilung in den Briefkasten des Empfängers geworfen wird.

Der Kl. hat gegen seinen Bruder, den Bekl., Klage erhoben auf Rechnungslegung über die Einkünfte aus dem Nachlaß ihres verstorbenen Vaters. Am 5. Febr. 1937 ist gegen den Bekl. Versäumnisurteil nach Klagantrag ergangen. Die Zustellung des Versäumnisurteils ist am 25. Febr. 1937 durch Niederlegung bei der Postanstalt B. erfolgt. Der Bekl. hat am 28. April 1937 gegen das Versäumnisurteil Einspruch eingelegt und gleichzeitig Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Versäumung der Einspruchsfrist beantragt. Das LG. hat durch Urt. v. 21. Juni 1937 den Antrag des Bekl. auf Wiedereinsetzung zurückgewiesen. Die Berufung des Bekl. gegen dieses Urteil hat das KG. mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß es den Einspruch gegen das Versäumnisurteil als unzulässig verworfen hat. Die Rev. des Bekl. war erfolglos.

Der Einwand des Bekl., das Versäumnisurteil sei ihm nicht in der vorgeschriebenen Form zugestellt worden, greift nicht durch.

Der Postbote hat die Zustellung des Versäumnisurteils des LG. durch Niederlegung bei der zuständigen Postanstalt bewirkt. Das BG. führt aus, eine Zustellung durch Niederlegung bei der Post dürfe nach § 182 ZPO. nur erfolgen, wenn eine Zustellung nach § 181 ZPO. nicht ausführbar ist. Eine Zustellung nach § 181 Abs. 1 ZPO. sei unstreitig nicht in Frage gekommen. Aber auch eine Zustellung nach § 181 Abs. 2 ZPO. sei nicht möglich gewesen. Die Ansicht des Bekl., es habe an den Hauswart H. zugestellt werden müssen, sei unrichtig. Der Hauswart H. möge zwar als Vertreter des „Hauswirtes oder Vermieters" anzusehen sein; es sei aber das weitere im § 181 Abs. 2 ZPO. aufgestellte Erfordernis bei H. nicht erfüllt, daß er „in demselben Hause wohne". H. wohne im Hause F.-Straße 28, während der Bekl., an den zuzustellen war, im Hause F.-Straße 27 wohne. Daß sich am Eingang des Hauses F.-Straße 27 eine Klingel für den Hauswart H. befinde, sei unerheblich.

Die Rev. wendet ein, daß die vom Gesetz in § 181 Abs. 2 ZPO. aufgestellte Voraussetzung, daß der Hauswirt oder sein Vertreter „in demselben Hause wohne" wie der Zustellungsadressat, vom BG. zu eng aufgefaßt worden sei; es spiele für den zustellenden Postboten gar keine Rolle, ob die Klingel zum Hauswart in einen Raum führe, der im gleichen Hause liegt, oder in einem Raum im Nebenhaus. Das Entscheidende sei, daß durch das Vorhandensein der Klingel und durch die Verweisung auf den Hauswart dieser als anwesend und jederzeit erreichbar kenntlich gemacht sei und daß durch diese Klingelanlage an jeden Interessenten die Aufforderung gerichtet sei, im Bedarfsfall durch die Klingel den Hauswart heranzuholen.

1. Der Revisionsangriff gegen die Auffassung des BG. ist nicht gerechtfertigt. Zunächst ist es im vorl. Fall schon in hohem Maße zweifelhaft, ob der Hauswart H., wie vom BG. unterstellt wird, überhaupt als Vertreter des Hauswirts oder Vermieters angesehen werden kann. Das BG. hat keine Stellung genommen zur Darstellung des Kl. in seinem Schriftsatz vom 18. Sept. 1937, wo ausgeführt wird, daß es sich um einen Wohnblock (ein „Apartmenthaus") mit 120 Junggesellenwohnungen handele, daß H. als Handwerker (Schlosser) dieses Blockes angestellt sei und als solcher für das Funktionieren der Heißwasserversorgung, der Beleuchtung, der elektrischen Kücheneinrichtungen usw. dieser 120 Wohnungen zu sorgen habe, keineswegs aber Pförtner oder Portier im üblichen Sinne sei. Die Rspr. des RG., wonach es bei Mietshäusern in Großstädten der Verkehrsauffassung entspricht, daß dem Pförtner (Hausmeister, Portier) vermöge der ihm vom Hausbesitzer eingeräumten Stellung die Vermittlung des ordnungsmäßigen Verkehrs zwischen den Hausbewohnern und Dritten übertragen ist (JW. 1919, 678 [6]), darf nicht auf Fälle bezogen werden, wo dem Hauswart nur Dienstleistungen rein technischer Art übertragen sind und wo es aus den äußeren Umständen — wie sie hier vom Kl. dargestellt werden —, auch für Dritte erkennbar ist, daß der Hausbesitzer den Hauswart nicht als seinen Vertreter in allen Hausangelegenheiten betrachtet wissen will. Da das BG. auf diese klägerische Darstellung nicht eingegangen ist, muß es jedoch auch für das RevG. dahingestellt bleiben, ob eine Ersatzzustellung nach § 181 Abs. 2 ZPO. an den Hauswart H. nicht schon deshalb ausgeschlossen war, weil er gar nicht Vertreter des Hauswirts war.

2. Es war jedoch im vorl. Fall eine Ersatzzustellung an

den Hauswart H., wenn nicht schon aus diesem Grund, so doch jedenfalls deswegen ausgeschlossen, weil nach der Feststellung des BG. der Hauswart H. seine Wohnung in einem anderen Hause hatte, als der Bekl., an den das Urteil zuzustellen war. Das Haus F.-Straße 28, in dem der Hauswart H. seine Wohnung hat, und das Haus F.-Straße 27, in dem der Bekl. wohnt, gehören zwar, wie das BG. feststellt, zu einem großen, einer Grundstücksgesellschaft gehörigen Neubaublock. Ein solcher Block, so führt das BG. aus, möge architektonisch und für die Verwaltung durch den Eigentümer eine Einheit bilden. Darauf komme es aber für die Anwendung des § 181 Abs. 2 ZPO. nicht an. Unter einem „Haus" werde, wenigstens in B., allgemein ein durch eine Hausnummer kenntlich gemachtes Gebäude oder ein durch eine Hausnummer gekennzeichneter Gebäudeteil verstanden. Mehrere Eingänge eines und desselben „Hauses" würden nicht durch besondere Hausnummern, sondern durch dieselbe Hausnummer mit dem Zusatz „a, b usw." oder „Eingang I, II usw." bezeichnet. Auch der in neuerer Zeit geprägte Begriff der Hausgemeinschaft sei in demselben Sinn einschränkend zu verstehen; die Hausgemeinschaft bilde eine räumlich nahe miteinander verbundene, nachbarlich zusammengehörige Einheit; davon könne bei einem Hausblock, dessen Bewohner, soweit sie nicht in demselben „Hause" wohnen, sich kaum vom Sehen kennen, keine Rede sein. Diese Ausführungen des BG. lassen einen Rechtsirrtum nicht erkennen. Ihre grundsätzliche Richtigkeit wird auch von der Rev. nicht bezweifelt. Die Rev. meint nur, daß wegen des besonderen Umstands, daß im vorl. Fall am Eingang des Hauses F.-Straße 27, wo der Bekl. wohnt, sich auch eine Klingel zu dem im Nachbarhaus Nr. 28 wohnenden Hauswart H. befindet, eine von der Regel abweichende Beurteilung am Platze sei. Dieser Meinung kann jedoch nicht beigepflichtet werden. Denn § 181 Abs. 2 ZPO. stellt es auf die räumliche Beziehung der Wohnungen ab. Diese Beziehung wird durch eine Klingelanlage zu einer räumlich anderswo befindlichen Wohnung nicht hergestellt. Der zustellende Gerichtsvollzieher oder Postbote muß sich an den Wortlaut des § 181 Abs. 2 ZPO. und an den Wortlaut seiner Geschäftsanweisung halten können. In den beiden in Betracht kommenden Geschäftsanweisungen (Preußische Geschäftsanweisung an die Gerichtsvollzieher v. 24. März 1914 § 33 Abs. 2 [PrJustMinBl. 1914, 358]; Anweisung des Reichspostamtes v. 6. März 1914 über das Verfahren betr. die postamtliche Bestellung von Briefen mit Zustellungsurkunden § 7 [PrJustMinBl. 1914, 458]) wird entsprechend dem § 181 Abs. 2 ZPO. dem zustellenden Gerichtsvollzieher oder Postbeamten zur Pflicht gemacht, daß die Ersatzzustellung an den Hauswirt oder seinen Vertreter nur dann vorzunehmen ist, wenn dieser in demselben Hause wie der Empfänger wohnt. Diese einfache und allgemein verständliche Grenzlinie für die Zulässigkeit der Ersatzzustellung an den Hauswirt oder seinen Vertreter darf nicht verwischt werden durch eine Auslegung, die es auf besondere Umstände des Einzelfalls abstellen will. Solche Umstände, wie das von der Rev. im vorl. Fall als entscheidend angesehene Vorhandensein einer Klingel zum Hauswart am Hauseingang des Bekl., können nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes und der erwähnten Dienstanweisungen keine Rolle spielen bei der Frage, ob der Gerichtsvollzieher oder Postbeamte eine Ersatzzustellung an den Hauswart vornehmen darf oder nicht. Der zustellende Beamte würde, wenn er über solche Umstände Erwägungen anstellen müßte, in seiner Entschließung, wie und an wen er in einem solchen Falle zuzustellen hat, nur unsicher gemacht werden, und es würde die Gefahr herbeigeführt werden, daß Zustellungen sich nachträglich als unwirksam herausstellen, wenn das Gericht derartige besondere Umstände des einzelnen Falles anders bewertet als der Beamte, der die Zustellung ausgeführt hat.

3. Durfte sohin das BG. mit Recht davon ausgehen, daß eine der Vorschrift des § 181 Abs. 2 ZPO. entsprechende Ersatzzustellung im vorl. Fall nicht ausführbar war, so ergab sich, daß die Zustellung nach § 182 ZPO. durch Niederlegung bei der Postanstalt erfolgen konnte. Es erhob sich dann für das BG. die weitere Frage, ob der Postbeamte dabei die in § 182 ZPO. vorgesehenen Formvorschriften beachtet und eingehalten hat. § 182 ZPO. schreibt vor, daß das zuzustellende Schriftstück bei der Geschäftsstelle des zuständigen AG. oder bei der zuständigen Postanstalt oder dem Gemeindevorsteher oder dem Polizeivorsteher niedergelegt wird und daß eine schriftliche Mitteilung über die Niederlegung unter der Anschrift des Empfängers in der bei gewöhnlichen Briefen üblichen Weise abgegeben oder, falls dies nicht möglich ist, an der Türe der Wohnung befestigt oder einer in der Nachbarschaft wohnenden Person zur Weitergabe an den Empfänger ausgehändigt wird. Die Bestimmung, daß die schriftliche Mitteilung über die Niederlegung „in der bei gewöhnlichen Briefen üblichen Weise abgegeben" werden kann, ist erst durch die VO. zur Vereinfachung der Zustellungen v. 17. Juni 1933 (RGBl. I, 394) in den § 182 ZPO. eingefügt worden. Das BG. stellt nun fest, daß der Postbote am 25. Febr. 1937 sich zunächst davon überzeugt hat, daß niemand in der Wohnung des Bekl. anwesend war, und daß er dann die schriftliche Mitteilung über die Niederlegung in der Weise abgegeben hat, daß er die Mitteilung durch den Türschlitz gesteckt hat, wie er es mit anderen für den Bekl. bestimmten Briefen regelmäßig zu machen pflegte. Die durch den Türschlitz gesteckte Mitteilung sei in das Innere der Wohnung und damit in den Gewahrsam des Bekl. gelangt. Das BG. stellt ferner fest, daß es in B. allgemein üblich ist, daß der Postbote mit gewöhnlichen Briefen in der Weise verfährt, daß er sie einfach durch den Türschlitz der Wohnung steckt. Damit sei also i. S. des § 182 ZPO. die Mitteilung über die Niederlegung in der bei gewöhnlichen Briefen üblichen Weise „abgegeben" worden. Das Abgeben i. S. dieser Bestimmung setze keine Übergabe oder Aushändigung an irgendeine Person voraus. — Die Rev. bekämpft die Auslegung, die das BG. dem vom Gesetz gebrauchten Ausdruck „abgeben" hier gibt. Die Rev. weist darauf hin, daß Baumbach in der Anm. 2 b zu § 182 ZPO. der Meinung Ausdruck verleiht, daß Einwurf in den Briefkasten u. dgl. nicht genüge, sondern daß die Mitteilung einer die Wohnung öffnenden Person ausgehändigt werden müsse. Dieser Meinung vermag jedoch der erk. Sen. sich nicht anzuschließen. Der Ausdruck „abgeben" setzt nach seinem Wortsinn nicht notwendigerweise eine Person voraus, an die abgegeben wird. Der Nachdruck liegt bei dieser durch die VO. v. 17. Juni 1933 neu eingeführten Fassung darauf, daß die Mitteilung von der Niederlegung „wie ein gewöhnlicher Brief" behandelt werden soll. Die Behandlung wie ein gewöhnlicher Brief bietet in erheblichem Maße Gewähr für die Unterrichtung des Zustellungsempfängers von der erfolgten Niederlegung; in höherem Maße jedenfalls als die nach der früheren Fassung des § 182 vorgeschriebene Befestigung der Niederlegungsanzeige an der Wohnungstür; letztere soll deshalb nach der neuen Fassung nur dann noch zulässig sein, wenn eine Mitteilung in der bei gewöhnlichen Briefen üblichen Weise nicht tunlich ist. Die Auffassung, daß der Sinn der neuen Vorschrift der ist, daß mit der Niederlegungsanzeige in jeder Beziehung wie mit einem gewöhnlichen Brief zu verfahren ist, ist auch die der beteiligten amtlichen Stellen. So heißt es in der Allg. Vfg. des RJM. v. 13. Jan. 1937 (DJ. 1937, 97), daß zur „Abgabe" der Niederlegungsmitteilung i. S. des § 182 ZPO. nicht etwa, wie gelegentlich angenommen werde, die unmittelbare Aushändigung an eine in der Wohnung befindliche Person erforderlich sei, sondern daß jede Abgabe genüge, wie sie bei der Bestellung gewöhnlicher Briefe üblich ist, namentlich also der Einwurf in den Briefkasten oder, wenn ein solcher nicht vorhanden ist, das Durchschieben der Mitteilung durch den Spalt zwischen Türe und Schwelle o. dgl. Im gleichen Sinne lautet die den Beamten der Post durch Vfg. des Reichspostministeriums v. 17. Juni 1933 erteilte Anweisung (Amtsblatt des RPostMin. 1933, 346).

(RG., IV. ZivSen., U. v. 16. Juni 1938, IV 51/38.) [R.]

*

18. RG. — § 233 ZPO. Ist eine Partei trotz eines Unfalls noch imstande, ihren Prozeßbevollmächtigten dahin zu benachrichtigen, daß dieser Verlängerung der Nachweisfrist erwirke, weil die Partei an der Geldbeschaffung durch den Unfall verhindert sei, unterläßt sie aber diese Benachrichtigung, so liegt kein Wiedereinsetzungsgrund gegenüber der Versäumung der Nachweisfrist vor.

Unter der — auch vom Kl. nicht bemängelten — Annahme, daß die Nachweisfrist am 2. Juni abgelaufen sei

(§ 519 Abs. 6 Satz 4 ZPO.), verwarf das OLG. durch Beschl. v. 4. Juni, zugestellt am 11. Juni, die Berufung als unzulässig. Hiergegen legten die Berufungsanwälte sofortige Beschwerde für den Kl. ein. Zur Begründung nahmen sie Bezug auf den am selben Tage eingereichten Antrag, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Nachweisfrist zu bewilligen. Zur Begründung dieses Antrags brachten sie vor:

Durch einen Unfall in der Zeit vom 21. bis 23. Mai habe der Kl. innere Verletzungen, Bluterguß im Kniegelenk und Bänderriß erlitten; infolgedessen habe er zu Bett liegen müssen und sich nicht bewegen können; da er unverheiratet sei, keine Angehörigen habe und nur von einer Vermieterin betreut werde, habe er die erforderlichen Maßnahmen zur rechtzeitigen Beschaffung des Geldes nicht vornehmen und auch die Berufungsanwälte nicht aufsuchen können; erst in der zweiten Hälfte des Juni habe er sich um die Beschaffung des Geldes und der Mittel zur Glaubhaftmachung des Wiedereinsetzungsgrunds bemühen können. Beigefügt waren vier Urkunden,

1. die Bescheinigung der Gerichtskasse über die Zahlung der Gebühr am 21. Juni,

2. die Bescheinigung eines Arztes v. 9. Juni, daß der Kl. an einem Bluterguß im rechten Kniegelenk und an einem Einriß des inneren Haltebandes leide und daher absolute Ruhe bewahren müsse,

3. eine eidesstattliche Versicherung eines Zeugen über den Unfall und

4. eine ebensolche Erklärung der Vermieterin v. 6. Juni, wonach der Kl. sich „heute noch höchst schleppend fortbewege" und „noch stets über starke Beinschmerzen und innere Verletzungen" klage.

Das OLG. wies den Wiedereinsetzungsantrag ab. Gegen die Abweisung des Wiedereinsetzungsantrags hat der Kl. vorgebracht:

Das OLG. stütze sich entscheidend auf die Auffassung, daß der Kl. trotz bettlägeriger Erkrankung infolge Gewandtheit im Schriftverkehr die Möglichkeit gehabt habe, sich von dritter Seite das Geld zu beschaffen. Dem hält der Kl. entgegen, er sei nach dem damals schon vorgelegt gewesenen Zeugnis arm im Sinne des Gesetzes; nur leihweise habe er sich das Geld beschafft; ein Unbemittelter wie er könne sich einen so hohen Betrag nicht schon durch einige freundliche Briefe verschaffen, sondern müsse tatkräftig und persönlich bei den verschiedenen in Frage kommenden Geldgebern vorstellig werden; in richtiger Erkenntnis der Sachlage habe der Kl. keine Bettelbriefe geschrieben, sondern sich persönlich und mündlich, sobald ihm dies möglich gewesen sei, um das Geld bemüht; ausweislich der überreichten Urkunden sei er dazu erst lange nach Fristablauf imstande gewesen; auch mit dem Anwalt habe er keine Rücksprache nehmen können, damit dieser etwa für ihn in dem einen oder anderen Sinne tätig werde; maßgeblich für die zu stellenden Anforderungen sei der subjektive Maßstab, der Kl. aber sei rechtsunkundig.

Auch das BG. hat nicht verkannt, daß eine schwere Erkrankung einer Partei unter Umständen die ausreichende Grundlage dafür bieten kann, sie als durch unabwendbaren Zufall an der Einhaltung der Nachweisfrist verhindert anzusehen (vgl. Beschl. d. beschl. Sen. v. 13. Dez. 1928, V B 56/28, teilw. abgedr. JW. 1929, 325[6]). Das BG. hat unterstellt, daß der Kl. vom 21. Mai ab über den 2. Juni hinaus bettlägerig krank war. Auf die beiläufig mit erwähnte Zeit vom 14. Mai (Zustellungstag der Ablehnung des Armenrechts) bis zum Unfall, in der der Kl. gesund war und nicht zur Beschaffung des Geldes — sondern nur zur Vorbereitung seines zweiten Armenrechtsgesuchs v. 21. Mai — tätig gewesen zu sein scheint, hat das BG. nicht abgestellt. Die Beschwerde bezweifelt nicht, daß der Kl. trotz der Erkrankung in der maßgeblichen Zeit vom 21. Mai bis einschließlich 2. Juni hätte Briefe schreiben oder etwa diktieren können. Dem Kl. mag zugegeben werden, daß ein bloßer Brief eines Unbemittelten vielfach nicht ausreichen wird, alsbald ein Darlehn von immerhin 233,04 *RM* (Betrag der von ihm geforderten Prozeßgebühr) zu bringen. Gerade wenn sich der Kl. aber, wie er vorbringen läßt, vorgestellt hat, er könne nur bei persönlichen Bemühungen auf Erfolg hoffen, so hätte er sofort seinem Anwalte Nachricht von dem Unfall geben müssen, damit dieser die alsdann als sicher anzusehende Verlängerung der Frist erwirke. Obschon der Kl. nach der von ihm behaupteten Schwere der Unfallfolgen gewiß war, daß er nicht bis zum 2. Juni das Geld beschaffen und einzahlen und dies nachweisen könne, hat er nichts getan, um den Anwalt zu benachrichtigen. Das BG. hat ausreichend dargelegt, daß der Kl. gewandt genug sei, um schriftlich das Erforderliche zu tun. Auch bei der von der Beschwerde gewünschten — vom BG. durchaus nicht übersehenen — subjektiven — auf die Persönlichkeit der Partei abgestellten — Beurteilung, welche Maßnahmen ihr zuzumuten waren, läßt sich dem BG. nicht als fehlerhaft vorwerfen, daß es ablehnte, einen unabwendbaren Zufall anzunehmen.

(RG., V. ZivSen., Beschl. v. 28. Juli 1938, V B 2/38.) [Ba.]

*

19. RG. — § 233 ZPO. Ein sieben Tage vor Ablauf der Berufungsfrist eingereichtes Armenrechtsgesuch ist rechtzeitig angebracht, selbst wenn es keine Angabe über den Zeitpunkt der Urteilszustellung enthält. Vielmehr hat das BG. seinerseits alsbald auf eine Nachholung dieser Angabe hinzuwirken.

Der Kl. hatte durch Eingabe seines erstinstanzlichen ProzBev. v. 9. Juni 1938 — eingegangen am 10. Juni — um die Bewilligung des Armenrechts für die Berufung gegen das am 21. April 1938 verkündete Urteil des LG. nachgesucht. Die darauf vom BG. eingeforderten Akten gingen am 15. Juni 1938 ein. Am gleichen Tage richtete der Sachbearbeiter an beide ProzBev. erster Instanz die Anfrage, wann das Urteil zugestellt sei, und ob der Kl. nicht aus dem ihm vom LG. zuerkannten Betrage (8101 *RM*) die Kosten der Berufung bestreiten könne. Als Zeitpunkt der Zustellung des Urteils wurde von beiden RA. der 17. Mai 1938 angegeben. Der ProzBev. des Kl. erklärte in seiner Antwort v. 20. Juni 1938 — eingegangen am 21. Juni — im übrigen, daß der zuerkannte Betrag noch nicht gezahlt sei, daß der Kl. auch nicht mehr darüber verfügen könne, weil er den Anspruch an verschiedene Darlehnsgeber abgetreten habe. Durch Beschluß v. 22. Juni 1938 — zugestellt am 28. Juni — versagte das OLG. dem Kl. das Armenrecht, weil die Berufungsfrist bereits am 17. Juni 1938 abgelaufen sei. Da der Kl. auf den bevorstehenden Ablauf der Frist nicht hingewiesen habe, seien die Akten nicht auf drahtlichem oder fernmündlichem, sondern, wie üblich, nur auf schriftlichem Wege angefordert worden und deshalb erst am 15. Juni eingegangen; die Nichtangabe des Zeitpunkts der Zustellung des Urteils in dem Armenrechtsgesuch habe die Anfrage vom gleichen Tage veranlaßt, auf die der Kl. erst nach Ablauf der Berufungsfrist geantwortet habe; die Versäumung der Frist sei somit auf das eigene Verhalten des Kl. bzw. seines ProzBev. zurückzuführen. Am 30. Juni 1938 legte der Kl. mit dem Antrage auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand Berufung ein. Durch Beschl. v. 6. Juli 1938 hat das OLG. die Berufung des Kl. als unzulässig verworfen. Gleichzeitig hat es den Wiedereinsetzungsantrag abgelehnt, weil der Kl., als er bei Ablauf der Berufungsfrist auf seinen Armenrechtsantrag noch keinen Bescheid erhalten habe, rechtzeitig habe Berufung einlegen müssen, wie er das am 30. Juni 1938 getan habe; daß er dazu nicht in der Lage gewesen sei, habe er nicht einmal gehörig behauptet. Gegen diesen Beschluß richtet sich die sofortige Beschwerde des Kl. Sie ist an sich statthaft, in der gesetzlichen Frist und Form eingelegt (§§ 574, 567 Abs. 3, 577, 519b, 238 Abs. 2 ZPO.) und sachlich begründet.

Grundsätzlich erwächst der Partei, die ein Armenrechtsgesuch rechtzeitig gestellt hat, von seiner Ablehnung aber erst nach Ablauf der Berufungsfrist in Kenntnis gesetzt wurde, gegen die Versäumung dieser Frist ein Wiedereinsetzungsgrund, wenn sie mit der Bewilligung des Armenrechts rechnen durfte. Letztere Voraussetzung fehlt nur dann, wenn die erstrebte Rechtsverfolgung ausnahmsweise wegen der auch der Partei erkennbaren ungünstigen Rechtslage als mutwillig gelten, oder wenn die Partei bei gewissenhafter Prüfung ihr Unvermögen zur Bestreitung der Prozeßkosten selbst verneinen muß (RGZ. 138, 247 = JW. 1933, 517[13] m. Anm.). Feststellungen in der einen oder anderen Richtung hat das OLG. nicht getroffen.

Seine Auffassung, daß der Kl. die Entscheidung über das sieben Tage vor Fristablauf, also jedenfalls rechtzeitig angebrachte Armenrechtsgesuch nicht habe abwarten dürfen, sondern ohne Rücksicht darauf die Berufungsfrist habe einhalten müssen, steht deshalb im Widerspruch mit der feststehenden Rspr. Der Umstand, daß der Kl. einen zur Einlegung der Berufung bereiten Anwalt gefunden hat, berechtigt noch nicht zu der Annahme, daß er tatsächlich nicht bedürftig sei und aus diesem Grunde mit der Ablehnung seines Armenrechtsgesuchs von vornherein habe rechnen müssen. Einer solchen Folgerung stand insbes. entgegen, daß der Kl. in seiner Erklärung v. 20. Juni 1938 zur Frage seiner Bedürftigkeit eingehende und schlüssige Angaben gemacht hatte.

Die Gründe, aus denen das OLG. in dem Armenrechtsbescheid einen etwaigen Wiedereinsetzungsantrag für aussichtslos erachtet, halten ebenfalls der Nachprüfung nicht stand. Für die Entscheidung über ein Armenrechtsgesuch ist allerdings die Kenntnis des Zeitpunkts der Urteilszustellung von Bedeutung, weil sich nur dann beurteilen läßt, ob das Gesuch rechtzeitig gestellt ist. Enthält das Gesuch hierüber keine Angabe, so ist bei seiner Bearbeitung auf eine Nachholung dieser Angabe zweckmäßigerweise in erster Linie — vor oder gleichzeitig mit der Einforderung der Akten — hinzuwirken. Aber auch abgesehen davon, daß das OLG. im vorl. Falle nicht so verfahren und dieserhalb erst nach dem Eingang der Akten an die Parteien herangetreten ist, muß die Ursächlichkeit der Versäumnis des Kl. für die Verzögerung der Entscheidung über das Armenrechtsgesuch verneint werden. Das OLG. ist nach dem Eingang der Akten auch noch in die Erörterung der Frage der Bedürftigkeit eingetreten. Die hierzu an den ProzBev. des Kl. gerichtete Anfrage v. 15. Juni 1938 ist erst am 17. Juni 1938 zur Absendung gelangt, konnte also erst nach Ablauf der Berufungsfrist beantwortet werden. Die Entscheidung über das Armenrechtsgesuch hätte also auch dann innerhalb der Berufungsfrist nicht mehr ergehen können, wenn der Kl. den Zeitpunkt der Urteilszustellung im Armenrechtsgesuch mitgeteilt hätte. Die Erwägung, daß im letzteren Falle die Akten drahtlich oder fernmündlich angefordert worden wären, vermag nicht zu einer anderen Beurteilung zu führen, weil sich die Möglichkeit eines baldigen Fristablaufs aus dem im Armenrechtsgesuch mitgeteilten Zeitpunkt der Verkündung des Urteils ohne weiteres ergab und deshalb auf eine Beschleunigung der Bearbeitung ohnehin Bedacht genommen werden mußte.

(RG., VII. ZivSen., Beschl. v. 26. Juli 1938, VII B 8/38.) [Ba.]

*

20. RG. — § 287 ZPO. Ges. zur Durchführung des Vierjahresplanes v. 29. Okt. 1936; PreisstopVO. v. 26. Nov. 1936. Das dem Tatrichter in § 287 ZPO. eingeräumte freie Ermessen läßt sich nicht immer im einzelnen begründen. Der Schadensersatz für Wertminderung eines Grundstücks darf nur so bemessen werden, daß er den Grundsätzen der PreisstopVO. nicht widerspricht.

Der Kl. klagt auf Schadensersatz für die Entwertung, welche sein Grundbesitz dadurch erlitten hat, daß der Erblasser der Bekl. bei der Aufteilung und Veräußerung seiner Grundstücke die „Villenklausel" mißachtet hat.

Die im Anschluß an das Gutachten des Sachverständigen S. durch das OLG. erfolgte Schätzung des Gesamtschadens des Kl. auf 38000 *RM* will die Rev. u. a. deshalb nicht gelten lassen, weil sie einer näheren Begründung ermangele. Das OLG. hat aber angenommen, daß die von dem Sachverständigen gegebene Gesamtschätzung auf dessen geschäftlicher Erfahrung beruhe und sich einer in Einzelheiten aufgelösten Darstellung entziehe. Diese Begründung genügt der Vorschrift des § 287 ZPO. Das dem Tatrichter dort eingeräumte freie Ermessen läßt sich nicht immer im einzelnen begründen. Es kommt hinzu, daß der Sachverständige über die für sein Gutachten maßgebenden Gesichtspunkte in dem Beweisbeschluß eingehend belehrt und daß er zur Erläuterung seines Gutachtens mündlich gehört worden ist. Schließlich hat das BG. auch als seine auf eigener Sachkunde beruhende Überzeugung zum Ausdruck gebracht, daß die zum Nachteil des Kl. eingetretene Wertminderung ganz erheblich sei. (Wird weiter ausgeführt.) Die Beachtung der neuen Preisbildungsverordnungen bei der Schätzung des dem Kl. entstandenen Schadens hat das OLG. keineswegs, wie die Rev. auszuführen versucht, abgelehnt. Es hat vielmehr verneint, daß der Kl., wenn ihm eine Schadensersatzforderung von 38000 *RM* zugebilligt wird, aus seinem Gelände einen Gewinn zieht, welcher der auf Grund des § 2 des Ges. zur Durchführung des Vierjahresplanes v. 29. Okt. 1936 (RGBl. I, 927) erlassenen PreisstopVO. v. 26. Nov. 1936 (RGBl. I, 955) widerspricht. Die nähere Begründung dieser Annahme des OLG. läßt entgegen den Ausführungen der Rev. einen durchgreifenden Rechtsverstoß nicht erkennen. Das OLG. war nicht gehalten, die Auskunft der maßgebenden Verwaltungsbehörde darüber einzuholen, ob die der Schadensberechnung zugrunde gelegten Grundstückspreise sich innerhalb der Grenzen der PreisstopVO. halten, und ob zu einem Grundstückskaufvertrag, in dem diese Preise vereinbart worden wären, auf Grund der GrundstücksVerkBek. v. 26. Jan. 1937 (RGBl. I, 35) die Genehmigung erteilt würde. Vielmehr hatte das BG. diese Fragen innerhalb des ihm nach § 287 ZPO. zustehenden Ermessens selbständig zu entscheiden. Wenn es hierbei davon ausgegangen ist, daß die normalen Preisverhältnisse des Herbstes 1936 der Erörterung zugrunde zu legen seien, so befindet es sich im Einklang mit der PreisstopVO. Denn regelmäßig hat der Preis, der in der letzten Zeit vor dem 18. Okt. 1936 für ein Grundstück erzielt worden ist, als Stoppreis zu gelten, der nicht überschritten werden darf. Freilich darf die Beurteilung einer Preisvereinbarung bei Grundstücken nicht ausschließlich unter dem Gesichtspunkte erfolgen, welcher Preis voraussichtlich am 17. Okt. 1936 vereinbart worden wäre. Vielmehr kommt es wesentlich auch darauf an, ob der vereinbarte Preis als volkswirtschaftlich gerechtfertigt angesehen werden kann oder nicht. Aber auch das hat das BG. nicht verkannt. Es hat jedoch zutreffend aus den Ausführungen unter I 1 Abs. 2 des RdErl. Nr. 155/37 des Kommissars für die Preisbildung v. 6. Okt. 1937 (JW. 1937, 2757) gefolgert, daß die Preisbildungsbehörden bei Kaufverträgen über Bauland, das nicht zur Befriedigung des Wohnungsbedürfnisses der minderbemittelten Volkskreise in Betracht kommt, weniger Veranlassung haben einzugreifen, sofern nur die vereinbarten Preise nicht offensichtlich volkswirtschaftlich ungerechtfertigt sind. Dieser Standpunkt war schon in den Ausführungen vertreten, welche der RWiM. in seinem Rundschreiben SW Nr. 6135/34 v. 27. Juni 1934 unter C (abgedr. bei Heilmann, „Gesetz über die Aufschließung von Wohnsiedlungsgebieten" S. 43 f. zu § 7 Abs. 2 des vorgenannten Ges. v. 22. Sept. 1933 [RGBl. I, 659]) gemacht hat. Die Annahme des OLG., daß die von dem Sachverständigen S. geschätzte Wertminderung den Preisverhältnissen vom Oktober 1936 entspricht, und daß der Sachverständige bei seiner Schätzung keine sprunghaften, also volkswirtschaftlich ungerechtfertigten Preissteigerungen zugrunde gelegt hat, beruht auf rein tatsächlichen Erwägungen, welche einem Revisionsangriff entzogen sind.

(RG., V. ZivSen., U. v. 30. Juni 1938, V 12/38.) [Ba.]

*

21. KG. — § 568 ZPO. Der Grundsatz, daß ein BeschwF. durch die Entscheidung des von ihm angerufenen BeschwG. nicht schlechter gestellt werden dürfe, als durch die von ihm angefochtene Entscheidung, ist nicht schon dann verletzt, wenn das BeschwG. seinen die Beschw. zurückweisenden Beschluß auf einen Grund stützt, der vom erstinstanzlichen Gericht ausdrücklich als nicht stichhaltig verworfen worden ist. Eine solche ausdrücklich vom erstinstanzlichen Beschluß abweichende Begründung stellt auch keinen neuen selbständigen Beschwerdegrund dar.

Die Gläubiger, die ehelichen Kinder des Schuldners, haben gegen diesen einen Pfändungs- und Überweisungsbeschluß erwirkt, durch den die Lohnforderung des Schuldners in Höhe des 104 *RM* netto monatlich übersteigenden Betrages gepfändet worden ist. Der Schuldner hat Erinnerung mit der Begründung eingelegt, daß er seiner jetzigen Ehefrau und ferner einem Kinde Unterhalt zu gewähren habe, das zwar früher unehelich gewesen sei, durch nachfolgende Ehe aber die Rechte eines ehelichen Kindes erworben habe. Das AG. hat der Erinnerung nur zum Teil, nämlich dahin stattgegeben, daß es dem Schuldner außer den 104 *RM* monatlich

einen Betrag von 1/3 des 104 RM übersteigenden Betrages pfändungsfrei beließ. Zur Begründung hat es ausgeführt, daß eine Verpflichtung des Schuldners, das uneheliche Kind seiner jetzigen Ehefrau zu unterhalten, nicht bestehe, da in anderen Akten festgestellt worden sei, daß dieses Kind nicht das des Schuldners sei; andererseits habe der Schuldner seine jetzige Ehefrau zu unterhalten; daß diese — wie die Gläubiger geltend gemacht hätten — 28,69 RM netto wöchentlich verdiene, berühre die Unterhaltspflicht des Schuldners nicht.

Die Beschw. des Schuldners, der eine Pfändung nur in Höhe von 1/2 des 104 RM übersteigenden Betrages für zulässig hält, ist vom LG. zurückgewiesen worden, und zwar mit der Begründung, daß das AG. zu Unrecht angenommen habe, daß der Schuldner trotz des Einkommens seiner Ehefrau dieser noch unterhaltspflichtig sei; da vielmehr insoweit eine Unterhaltspflicht nicht gegeben sei, komme es auf die Frage, ob gegenüber dem Kinde der jetzigen Ehefrau eine Unterhaltspflicht des Schuldners bestehe, gar nicht mehr an; mehr als 1/3 des 104 RM übersteigenden Betrages dürften dem Schuldner keinesfalls belassen bleiben.

Der Schuldner hat weitere Beschw. eingelegt und deren Zulässigkeit mit der Ausführung begründet, daß die Unterhaltsberechtigung der Ehefrau vom AG. festgestellt worden sei und daß daher, da die Gläubiger Beschw. nicht eingelegt hätten, das LG. gar nicht mehr hätte prüfen dürfen, ob diese zugunsten des Schuldners getroffene Feststellung berechtigt gewesen sei; es hätte vielmehr nur prüfen dürfen, ob auch das früher uneheliche Kind des Schuldners Unterhaltsansprüche habe.

Die weitere Beschw. ist unzulässig.

Würde allerdings die Entscheidung des LG. gegen den Grundsatz verstoßen, daß eine Abänderung nicht zuungunsten des BeschwF. erfolgen darf, so wäre die weitere Beschw. zulässig; ein solcher Verstoß liegt aber nicht vor. Der eben genannte Grundsatz bedeutet nur, daß der, der ein Rechtsmittel einlegt, im Ergebnis nicht schlechter gestellt werden darf, als durch die angefochtene Entscheidung. Soweit aber eine solche Schlechterstellung nicht erfolgt, kommt es auf die Begründung nicht an; auch wenn das BeschwG. seine Entscheidung auf einen Umstand stützt, den die Vorinstanz abweichend zugunsten des BeschwF. beurteilt hatte, liegt eine Schlechterstellung des BeschwF. doch nicht vor.

Auch kann nicht etwa ein neuer selbständiger Beschwerdegrund darin gefunden werden, daß das AG. die Unterhaltspflicht des Schuldners gegenüber der Ehefrau bejaht, gegenüber dem Kind aber verneint hat, während gerade umgekehrt das LG. eine Unterhaltspflicht gegenüber der Ehefrau verneint hat. Nach h. A. stellt die Verschiedenheit in der Begründung der Entscheidungen der Vorinstanzen keinen neuen selbständigen Beschwerdegrund i. S. des § 568 ZPO. dar. Es hat zwar das RErbhGer. diesen Grundsatz durchbrochen (vgl. REHG. 2, 269 = JW. 1936, 2322[20]), aber gleichzeitig ausdrücklich betont, daß diese Durchbrechung nur durch die besondere Bedeutung gerechtfertigt werde, die Erbhofsachen zukäme. Der Senat sieht keinen Anlaß, von der allgemeinen Rspr. abzugehen; wollte man bei der Frage nach dem neuen selbständigen Beschwerdegrund auf die Gründe der Entscheidungen zurückgreifen, so würde die Zulässigkeit der weiteren Beschw. in einem Umfang erweitert werden, der mit dem Zweck des § 568, grundsätzlich nur eine Beschw. zuzulassen, im Widerspruch stehen würde.

(KG., 8. ZivSen., Beschl. v. 19. Aug. 1938, 8 W 3649/38.)

*

22. KG. — §§ 899, 903, 807 ZPO. Die Leistung des Offenbarungseides vor einem örtlich unzuständigen Gericht ist nicht unwirksam. Der Schuldner braucht keine Auskunft über von ihm vorgenommene anfechtbare Rechtsgeschäfte zu geben. War ein Schuldner kurze Zeit vor dem Offenbarungseidstermin noch im Besitz von Vermögensstücken, die er im Vermögensverzeichnis nicht aufgeführt hat, so kann er nicht gezwungen werden, Auskunft über den Verbleib zu erteilen.

In dem zur Ableistung des Offenbarungseides bestimmten Termin v. 18. Mai 1938 hat die Schuldnerin Widerspruch mit der Begründung erhoben, daß sie in einer anderen Sache am 23. April 1938 vor dem AG. in Ch. den Offenbarungseid geleistet habe. Das AG. hat den Widerspruch zurückgewiesen, da das AG. in Ch. nicht örtlich zuständig gewesen sei. Die Schuldnerin hat Beschw. eingelegt; im Beschwerdeverfahren hat die Gläubigerin noch geltend gemacht, daß die Schuldnerin in der Zeit v. 9. bis 24 März 1938 rund 10 000 RM von ihrem Bankkonto abgehoben habe; über den Verbleib dieses Betrages sei aus dem Vermögensverzeichnis, dessen Richtigkeit die Schuldnerin am 23. April 1938 beschworen habe, nichts zu ersehen; die Schuldnerin sei verpflichtet, über diesen Punkt Auskunft zu erteilen; ein Teil der 10 000 RM sei offenbar in anfechtbarer Weise auf einen Dritten übertragen worden.

Das LG. hat den Widerspruch der Schuldnerin mit der Begründung für berechtigt erklärt, daß die nochmalige Leistung nicht mit der Begründung verlangt werden könne, daß das frühere Vermögensverzeichnis unvollständig gewesen sei; und daß weiter die Leistung des Eides vor einem unzuständigen Gericht die Wirksamkeit der Eidesleistung nicht berühre.

Die weitere Beschw. der Gläubigerin ist nicht begründet. Daß der Widerspruch der Schuldnerin nicht deswegen zurückgewiesen werden durfte, weil der frühere Eid vor einem örtlich unzuständigen Gericht geleistet worden war, hat das LG. mit Recht angenommen. Der Senat hat zwar in seiner Entsch. v. 17. Juli 1931 (abgedr.: JW. 1932, 184) die Ansicht vertreten, daß ein vor einem unzuständigen Gericht geleisteter Eid unwirksam sei, und zwar hat er — wie die Gründe dieses Beschlusses ergeben — diese Ansicht entgegen dem Leitsatz, der den Abdruck der Entsch. in der JW. 1932, 184 vorausgeschickt ist, allgemein und nicht nur für den Fall vertreten, daß der Offenbarungseid im Einverständnis des Gläubigers deswegen vor dem unzuständigen Gericht geleistet worden ist, um die Eintragung in das Verzeichnis beim zuständigen Gericht zu umgehen. Diese Ansicht kann nicht aufrechterhalten werden. Da die Leistung des Offenbarungseides in erster Linie den Zweck hat, das Vermögen des Schuldners darzulegen, ist nicht ersichtlich, aus welchem Grunde ein Eid nicht wirksam sein sollte, der vor einem unzuständigen Gericht geleistet worden ist; denn dem eben bezeichneten Zweck wird durch einen solchen Eid ebenso gedient, wie durch einen vorm zuständigen Gericht geleisteten. Auch sonst gilt der Grundsatz, daß die örtliche Unzuständigkeit des Gerichts an der Wirksamkeit nichts ändert (vgl. § 7 RFGG.). Gerade der vorl. Fall beweist die Unzweckmäßigkeit der vom Senat früher vertretenen Meinung; denn die Schuldnerin hatte im Offenbarungseidsverfahren vor dem AG. in Ch. die örtliche Unzuständigkeit eingewandt und sie hatte sogar, als ihr hierauf gestützter Widerspruch zurückgewiesen worden war, Beschw. eingelegt, die aber in entsprechender Anwendung von § 512 a ZPO. zurückgewiesen worden war. Es ist nicht angängig, der Schuldnerin, die gezwungen worden ist, vor dem AG. Ch. den Eid zu leisten, die Berufung hierauf zu versagen. Der Umstand, daß die jetzt vertretene Ansicht dazu führen könne, daß die Vorschriften des § 915 ZPO. umgangen werden könnten, rechtfertigt eine Abweichung von dem oben dargelegten Grundsatz nicht. Es wird sich bei solchen Umgehungsversuchen immer nur um Ausnahmen handeln; die Streitfrage ist aber nicht nach solchen Ausnahmen, sondern nach den Regelfällen zu beantworten. Dies muß um so mehr gelten, als eine Umgehung durch Zusammenwirken zwischen Gläubiger und Schuldner doch nicht ausgeschlossen werden kann, da der Schuldner in der Regel imstande sein wird, seinen Wohnsitz tatsächlich vorübergehend zu verlegen. Ob von dem oben dargelegten Grundsatz eine Ausnahme dann anzunehmen ist, wenn ein Zusammenwirken zwischen Gläubiger und Schuldner tatsächlich nachgewiesen ist, kann dahingestellt bleiben, da dies hier offenbar nicht der Fall ist.

Auch in der Sache selbst ist die Beschw. der Gläubigerin nicht begründet. Daß der Schuldner nicht verpflichtet ist, anfechtbare Rechtsgeschäfte darzulegen, wird von der h. M. anerkannt. Eine andere Frage ist allerdings die, ob ein Schuldner gezwungen werden könne, auf Befragen anzugeben, wann, an wen und aus welchem Rechtsgrunde er bestimmte, vorher vorhandene Vermögensstücke übertragen hat. Diese Frage wird von Baumbach (Anm. 3 C zu 807) bejaht. Dem kann nicht beigetreten werden. Baumbach (ebenso auch LG. Berlin: ZZP. 58, 196) meint, daß nur durch eine solche Ausweitung des Offenbarungseides dem Gläubiger die Möglichkeit gegeben werde, die Ernstlichkeit einer Übertragung nachzuprüfen. Dies ist freilich richtig, rechtfertigt aber gleichwohl nicht die Ansicht, daß ein Schuldner über die Formel des § 807 ZPO. hinaus zur Auskunft verpflichtet sei. Es ist zu unterscheiden zwischen der Frage, ob eine solche Auskunftspflicht angebracht ist und der anderen Frage, ob sie nach geltendem Recht gegeben ist. Die letztere Frage ist zu verneinen, und zwar deswegen, weil in § 807 ZPO. die Formel des zu leistenden Eides ganz genau umschrieben ist. Es geht nicht an, daß der Richter im Interesse des Gläubigers von dieser Formel abgeht. Lautet aber die Eidesformel dahin, daß der Schuldner sein Vermögen vollständig angegeben habe, so würde eine etwa vom Schuldner über ein früheres Vermögensstück gegebene Auskunft nicht unter diese Formel fallen, es würde eine Eidesverletzung nicht vorliegen, wenn der Schuldner hinsichtlich der Übertragung eines Vermögensstücks unrichtige Auskunft erteilt hätte. Schon dieser Grund muß als ausreichend angesehen werden, eine Auskunftspflicht über die Eidesformel hinaus zu verneinen.

Abgesehen hiervon erscheint es nicht als unbedenklich, es der Entscheidung des Schuldners zu überlassen, ob er die Übertragung eines Vermögensstückes als ernstlich oder aber unwirksam oder anfechtbar ansehen will. Man müßte also vom Schuldner schon

die Angabe aller Rechtsgeschäfte verlangen, durch die er Vermögensstücke übertragen hat, und zwar würde man diese Auskunftspflicht zeitlich kaum begrenzen können; denn gerade die Schuldner, die Vermögensstücke dem Zugriff der Gläubiger entziehen wollen, werden dies zum Teil schon lange vor der Leistung des Offenbarungseides getan haben. Wenn in der in ZZP. 58, 196 abgedruckten Entsch. des LG. Berlin auf die Entsch. des Sen. v. 31. Jan. 1930 (8 W 933/30) verwiesen wird, so ist dem entgegenzuhalten, daß in dieser Entsch. keineswegs ausgesprochen worden ist, daß ein Schuldner zur Auskunftserteilung über den Verbleib von Vermögensstücken verpflichtet sei; es ist dort vielmehr nur ausgeführt, daß der Verdacht einer Unvollständigkeit eines Vermögensverzeichnisses dann vorliege, wenn nach den eigenen Erklärungen des Schuldners die naheliegende Möglichkeit gegeben ist, daß ihm zur Zeit der Eidesleistung noch Gegenstände gehört haben, die nicht im Vermögensverzeichnis aufgeführt waren.

Es wird hiernach zwar zu verlangen sein, daß der den Offenbarungseid abnehmende Richter beim Vorliegen der Vermutung, daß der Schuldner Vermögensstücke durch nicht ernstliche Übertragung beiseite gebracht hat, den Schuldner darauf hinweist, daß er auch diese Vermögensstücke oder aber die Forderung auf Rückübertragung solcher Vermögensstücke anzugeben habe; es wird auch nichts dagegen zu erinnern sein, daß er versuchen wird, den Schuldner zu veranlassen, nähere Angaben über die Übertragung und den Verbleib von Vermögensstücken zu machen. Wenn aber der Schuldner dies verweigert, und sich trotz der ihm gemachten Vorhalte entschließt, die Vollständigkeit seines Vermögensverzeichnisses zu beschwören, so liegt dann ein ordnungsmäßiger Eid vor, d. h., die Ordnungsmäßigkeit eines Offenbarungseides wird nicht schon dadurch berührt, daß der Schuldner sich geweigert hat, über den Verbleib ihm früher gehöriger Vermögensstücke Auskunft zu geben. Der Eid ist allerdings dann nicht ordnungsmäßig geleistet, wenn das Vermögensverzeichnis unvollständig war; dies hat aber hier die Gläubigerin nicht dargelegt, will es vielmehr gerade erst feststellen.

(KG., 8. ZivSen., Beschl. v. 12. Aug. 1938, 8 W 3453/38.)

*

23. KG. — § 903 ZPO. Hat ein Schuldner, der den Offenbarungseid geleistet hat, nach Leistung dieses Eides größere Schulden bezahlt, so ist hierdurch glaubhaft gemacht, daß er neues Vermögen erworben hat und er kann nicht mit Erfolg einwenden, daß er zur Tilgung seiner Schulden Darlehen aufgenommen habe, so daß also ein Vermögenszuwachs wirtschaftlich nicht gegeben sei.

Der Gläubiger hat den Schuldner, der im Jahre 1934 die Vermögensversicherung nach § 19 d VO. v. 23. Mai 1933 abgegeben hatte, mit der Begründung zur Leistung eines neuen Offenbarungseides geladen, daß der Schuldner in den Jahren 1936 und 1937 Schulden in Höhe von 2200 *RM* abgedeckt habe, woraus sich ergäbe, daß er inzwischen neues Vermögen erworben haben müsse. Der Schuldner hat Widerspruch mit der Begründung erhoben, daß er zur Abdeckung dieser Schuldbeträge andere Darlehen aufgenommen habe, so daß er also in Wahrheit neues Vermögen überhaupt nicht erworben habe. Dieser Ausführung hat sich das AG. angeschlossen. Es ist der Meinung, daß die nachträglich erworbenen Vermögenswerte noch vorhanden sein müßten. Das LG. hat der Beschw. des Gläubigers stattgegeben. Die weitere Beschw. des Schuldners ist nicht begründet.

§ 903 ZPO. setzt nur den Erwerb neuen Vermögens voraus. Die Rspr. macht allerdings insoweit eine Ausnahme, als es sich bei dem neu erworbenen Vermögen um laufendes Einkommen handelt, dessen Höhe so gering ist, daß ohne weiteres angenommen werden kann, daß es gerade zur Bestreitung des Lebensunterhalts des Schuldners und seiner Familie ausgereicht hat. Hat aber der Schuldner einmal größere Geldbeträge erworben, so entfällt die Pflicht zur erneuten Offenbarung des Vermögens nicht schon dadurch, daß er inzwischen das Geld wieder ausgegeben hat. Mit Recht weist das LG. darauf hin, daß die Fragen, wieviel Vermögen der Schuldner nachträglich erworben hat und in welcher Weise er über die neuen Vermögensstücke verfügt hat, gerade durch das Offenbarungseidsverfahren geklärt werden sollen. Es geht nicht an, daß dieses Verfahren durch ein einfaches schriftliches Verfahren ersetzt wird, und dies würde dann der Fall sein, wenn das Gericht sich mit der schriftsätzlichen Erklärung des Schuldners begnügen wollte. Ebensowenig geht es natürlich an, daß etwa über die Behauptung des Schuldners hinsichtlich des Erwerbs und der Verwendung des Vermögens Beweis erhoben werde. Ein solches Beweisverfahren kennt das Offenbarungseidsverfahren nicht.

(KG., 8. ZivSen., Beschl. v. 1. Aug. 1938, 8 W 3370/38.)

Preußisches Allgemeines Berggesetz

24. RG. — § 155 PrAllgBergG.; Art. 1 § 1 Nr. 13 PrGes. v. 24. Sept. 1937. Die Vorschrift des § 155 AllgBergG. hat Entschädigungsansprüchen, die über den Rahmen des § 154 AllgBergG. hinausgehen, die Möglichkeit künftiger Entstehung zugunsten solcher Bergbautreibenden offengehalten, die schon vor dem 1. Okt. 1865 zu dem Bergwerksbetriebe berechtigt waren. Durch die Aufhebung des § 155 AllgBergG. wird nunmehr für die Zukunft die weitere Entstehung solcher Ansprüche ausgeschlossen. Im Einzelfall hängt die Entscheidung davon ab, ob und in welchem Umfange Entschädigungsansprüche dieser Art als bis zum 5. Okt. 1937 entstanden anzuerkennen sind. Das PrGes. v. 24. Sept. 1937 erkennt nicht rückwirkend die vor dem 5. Okt. 1937 entstandenen Entschädigungsansprüche ab. Entschädigungslose Eingriffe der Gesetzgebung in begründete Privatrechte werden auch vom nationalsozialistischen Rechtsempfinden abgelehnt, es sei denn, daß es sich etwa um die Beseitigung von Widerspruch zu grundsätzlichen, insbes. weltanschaulichen Auffassungen handelte.

Durch das angefochtene Urteil ist die Kl. mit ihrem auf § 155 PrAllgBergG. v. 24. Juni 1865 gestützten Entschädigungsanspruch vom OLG. erneut abgewiesen worden, nachdem der erk. Sen. den früheren Abweisungsgründen zweimal die Anerkennung versagt hatte. Auf die Urteile des Sen. v. 18. Jan. 1933, V 287/32 und v. 19. Juni 1937, V 10/37 (abgedruckt RGZ. 139, 240 = JW. 1933, 2003 [5] und RGZ. 155, 167 = JW. 1937, 2606 [51]) wird Bezug genommen.

Seinen neuen Abweisungsgrund entnimmt das OLG. der Aufhebung des § 155 AllgBergG. durch Art. 1 § 1 Nr. 13 PrGes. v. 24. Sept. 1937 (GS. 93). Hiergegen wendet sich wiederum die Kl.

Das RG. hob auf und verwies zurück.

Die angefochtene Entscheidung des BG. verliert den Boden, wenn sie nicht auf Rückwirkung der neuen Vorschrift des Art. 1 § 1 Nr. 13 Ges. v. 24. Sept. 1937 gestützt werden kann. Mit der Revisionsbeantwortung versucht zwar die Bekl. zu bestreiten, daß hier „Rückwirkung", wenigstens im eigentlichen und allgemeinen Sinne, in Frage stehe. Denn wenn durch die Aufhebung des § 155 AllgBergG. für bisher noch nicht zur endgültigen gerichtlichen Austragung gelangte Entschädigungsansprüche nur die „Entscheidung nach den bisherigen Gesetzen" verboten werde, so handele es sich dabei um eine lediglich für die Zukunft vom Inkrafttreten des Gesetzes an wirksam gedachte Bestimmung. Dieser einschränkenden Auslegung der Schlußworte des § 155 AllgBergG. kann jedoch nicht beigetreten werden. Zutreffend und im Einklang mit der Auffassung des erk. Sen. im ersten RevUrt. erkennt das BG. selbst an, daß jener Formulierung „die Absicht einer s a c h l i c h e n Einschränkung der etwaigen Ansprüche" nicht zugrunde liegen möge. Die sachlich-rechtliche Bedeutung der Vorschrift des § 155 AllgBergG. i. S. der uneingeschränkten Aufrechterhaltung etwaiger über den § 154 daselbst hinausgehender Entschädigungsansprüche für bis zum 1. Okt. 1865 erworbene Bergbauberechtigungen ergab sich auch aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes (vgl. darüber RGZ. 139, 242 ff. = JW. 1933, 2003 [5]), war bisher, soweit bekannt, niemals bestritten und ist durch das erste RevUrt. bindend festgestellt worden. Das Ges. v. 24. Sept. 1937 aber bietet keinen Anhalt dafür, daß mit der Bestimmung des Art. 1 § 1 Nr. 13 daselbst zunächst dem § 155 ein beschränkterer Sinn gegeben und dann die Vorschrift in dieser eingeschränkteren Bedeutung für die Zukunft aufgehoben werden sollte. Eine sozusagen verfahrensrechtliche Umdeutung des § 155 AllgBergG. findet darin keine Stütze.

Wenn aber hiernach die angefochtene Entscheidung nur auf rückwirkende Aufhebung des § 155 AllgBergG. in seiner sachlich-rechtlichen Bedeutung begründet werden konnte, so unterlag sie, weil auf Rechtsirrtum beruhend, abermaliger Aufhebung. Denn die Annahme solcher Rückwirkung verletzt den Grundsatz, daß Änderungen des geltenden Rechts Rückwirkung nur insoweit zuerkannt werden kann, als sie sich diese selbst beilegen. Das ist aber im Ges. v. 24. Sept. 1937 weder ausdrücklich geschehen, noch als gewollt seinem Sinn oder Zweck zu entnehmen. Vielmehr bestimmt Art. 5 § 19 des Gesetzes, daß dieses (erst) mit dem

auf die Verkündung folgenden Tage, d. h. dem 5. Okt. 1937, in Kraft trete. Von dem Durchführungs- und Ergänzungsvorbehalt im Abs. 2 des § 19 ist zugunsten einer Rückwirkung der Vorschrift in Art. 1 § 1 Nr. 13, soweit bekannt, kein Gebrauch gemacht worden, so daß dahingestellt bleiben kann, inwieweit dies im Rahmen der gesetzlichen Ermächtigung möglich gewesen wäre; auch das BU. bringt keinen Hinweis nach dieser Richtung. Bis zum Ablauf des 4. Okt. 1937 ist daher das bisherige Recht in Kraft geblieben mit dem Inhalt und Sinn, wie es für diese Sache durch die früheren RevUrt. bindend festgestellt worden ist. Rechtsverhältnisse, die unter der zeitlichen Herrschaft dieses Rechts entstanden waren, sind von der Gesetzesänderung nicht berührt worden.

Die weiteren Ausführungen, womit das BG. seine gegenteilige Meinung zu begründen versucht, halten der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Der BerR. vermißt Übergangsvorschriften oder Vorbehalte in dem von der Kl. in Anspruch genommenen Sinne. Dabei verkennt er, daß die Rückwirkung eines Gesetzes die Ausnahme darstellt, die nicht die Kl., sondern die Bekl. oder das ihr beitretende Gericht aus dem Gesetze zu rechtfertigen hätte. In Ermangelung anderen Anhalts will das BG. aus der neuen Bestimmung des Art. 1 § 1 Nr. 13 selbst herleiten, daß damit der Klage der Boden entzogen werde. Die kurzen Worte aber, daß der § 155 AllgBergG. aufgehoben werde, konnten im Sinne einer Erstreckung auf die Vergangenheit nur unter Nichtbeachtung der ausdrücklichen Beschränkung ihrer Wirkung auf die Zukunft durch die Vorschrift des Art. 5 § 19 verstanden werden. Auch der Hinweis auf die Ausnahmenatur des § 155 schlägt gegenüber der uneingeschränkten Fassung des Art. 5 § 19 Abs. 1 nicht durch und genügt nicht, gerade nur für den § 155 die Annahme rückwirkender Außerkraftsetzung zu rechtfertigen. Dies um so weniger, als durch den § 155 bewußt (vgl. darüber RGZ. 139, 242 ff.) das von der Neuregelung des § 154 etwa abweichende bisherige Recht zugunsten bereits erworbener Bergbauberechtigungen in Weitergeltung belassen worden war, und als ferner vermutet werden darf, daß zur nunmehrigen Aufhebung des § 155 gerade der vorl. Rechtsstreit den Anstoß gegeben hat, dann aber um so dringendere Veranlassung bestanden hätte, eine Beschränkung schon erworbener Entschädigungsansprüche — wenn solche im Willen des Gesetzgebers gelegen hätte, wofür keinesfalls die Wahrscheinlichkeit spricht — durch ausdrückliche Anordnung der Rückwirkung klarzustellen. Eine in solchen Fällen (vgl. z. B. § 82 AufwG.) übliche Bestimmung dahin, daß, falls infolge der Gesetzesänderung ein anhängiger Rechtsstreit seine Erledigung finde, jede Partei ihre außergerichtlichen Kosten trage, die gerichtlichen aber niedergeschlagen werden, ist zu Art. 1 § 1 Nr. 13 des Ges. v. 24. Sept. 1937 nicht getroffen.

Dem BerR. kann ferner nicht beigepflichtet werden, wenn er meint, bei Verneinung der Rückwirkung würde es an jedem Anhalt dafür mangeln, wie weit man gegenüber dem (nunmehrigen) Wegfall der Vorschrift des § 155 mit Ausnahmen von seiner Aufhebung zu gehen habe. Er besorgt schon für den vorl. Streitfall erhebliche Zweifel: Die Klageforderung stelle nur einen Teil des geforderten Schadensersatzes dar; daher werde ungewiß: ob (für den Ausschluß von Rückwirkung) nur die eingeklagte Summe oder der Gesamtschade maßgebend sein solle, und dieser wiederum, ob soweit er bereits endgültig bezifferbar sei oder auch, wenn er nur erst dem Grunde nach erfaßt werden könne; weiter ob auch ein Schade betroffen werde, der noch nicht zu erfassen sei, wenn wenigstens die sich später einmal als schädigend erweisende Eisenbahnanlage bereits bestehe. Demgegenüber ist zu sagen: Daß eine Gesetzesänderung Zweifelsfragen mit sich bringt, würde keine Besonderheit sein. Abgesehen aber davon, ob die Rücksicht hierauf für die Gesetzesauslegung überhaupt von Bedeutung sein könnte, läßt sich auch nicht anerkennen, daß vorliegendenfalls ungewöhnliche Schwierigkeiten zu erwarten wären. Die Vorschrift des § 155, an sich wohl nicht mehr von großem Anwendungsbereich, hat Entschädigungsansprüchen, die über den Rahmen des § 154 hinausgehen, die Möglichkeit künftiger Entstehung zugunsten solcher Bergbautreibenden offen gehalten, die schon vor dem 1. Okt. 1865 (§ 243 AllgBergG.) zu dem Bergwerksbetriebe berechtigt waren. Durch die Aufhebung des § 155 wird nunmehr für die Zukunft die weitere Entstehung solcher Ansprüche ausgeschlossen. Im Einzelfall wird also die Entscheidung davon abhängen, ob und in welchem Umfang Entschädigungsansprüche dieser Art als bis zum 5. Okt. 1937 entstanden anzuerkennen sind. Daß hierbei Zweifel auftreten können, rechtfertigt keine Durchbrechung des Grundsatzes, wonach Gesetzesänderungen im Zweifel keine Rückwirkung zukommt.

In welchem Maße der Vorschrift des § 155 AllgBergG. innere Berechtigung zuzugestehen sei, kann gegenüber ihrer klar überlegten Einfügung in die Regierungsvorlage durch den Landtag (1865) für ihre Anwendung nicht von entscheidender Bedeutung sein. Wenn das BG. in diesem Zusammenhang auf den nationalen Tiefstand in Deutschland zu Beginn des 19. Jahrhunderts verweist, so ist ihm entgegenzuhalten, daß es sich bei dem § 155 um eine Vorschrift der Gesetzgebung von 1865 handelt. Fand bei dieser Gesetzgebung überhaupt das französische Bergrecht, wie es im linksrheinischen Preußen galt, starke Berücksichtigung, so kann auf diesem Gebiete damals französisches Rechtsdenken schwerlich als dem deutschen fremdartig widersprechend empfunden worden sein. Soweit endlich vom BG. das nationalsozialistische Rechts- und Wirtschaftsdenken zugunsten der von ihm vertretenen Rückwirkung angerufen wird, darf nicht übersehen werden, wie schwer die Kl. betroffen werden würde, wenn ihr einen in der bisherigen Rechtslage begründeten, von dieser aus anhängig gemachten und zweimal bis zum RG. erfolgreich verfochtenen Entschädigungsanspruch nunmehr ein Akt der Gesetzgebung mit der Folge entzöge, daß die gesamten Kosten des Rechtsstreits zu ihren Lasten gingen. Entschädigungslose Eingriffe der Gesetzgebung in begründete Privatrechte werden auch vom nationalsozialistischen Rechtsempfinden abgelehnt, es sei denn, daß es sich etwa um die Beseitigung von Widerspruch zu grundsätzlichen, insbes. weltanschaulichen Auffassungen handelte, wovon hier keine Rede sein kann.

(RG., V. ZivSen., U. v. 30. Mai 1938, V 40/38.) [v. B.]

Preußisches Enteignungsgesetz

25. KG. — §§ 16, 24, 25, 26, 32, 45, 46 PrEnteigG.; §§ 1, 4 PrGes. v. 26. Juli 1922 (GS. 211); §§ 22, 29 GBO.

1. Wenn in einem vereinfachten Enteignungsverfahren Unternehmer und Eigentümer sich in dem gleichzeitig zur Planfeststellung und zur Feststellung der Entschädigung bestimmten Termin zur Niederschrift des Enteignungskommissars über den Gegenstand der Enteignung und über die Höhe der Entschädigung einigen sowie die zu der Rechtsänderung erforderlichen Erklärungen abgeben, so treten gemäß § 46 EnteigG., sobald die Rechtsänderung vollzogen und die Entschädigung gezahlt oder hinterlegt ist, die rechtlichen Wirkungen des § 45 ein.

2. Ist in einem solchen Falle das Recht des Unternehmers zunächst ohne Berücksichtigung der Rechtsfolgen der §§ 45, 46 im Grundbuch eingetragen worden, so kann der Nachweis der Unrichtigkeit gemäß § 22 GBO. durch eine Ausfertigung des Protokolls über den kommissarischen Termin und geeignete Erklärungen der Enteignungsbehörde in der Form des § 29 Abs. 3 GBO. geführt werden.

Auf Grund des der M.-Elektrizitätswerk-AG. hinsichtlich einer Parzelle eines Erbhofs verliehenen Enteignungsrechts wurde das vereinfachte Enteignungsverfahren eingeleitet und ein Vermerk darüber gemäß einer Bescheinigung des RegPräs. v. 5. Nov 1937 im Grundbuch eingetragen. Das Grundstück ist im übrigen in Abt. II mit einem Wiederkaufsrecht, einer Kaufrente, einer Landesrentenbankrente und einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit, in Abt. III mit einer brieflichen Hypothek belastet. Unterm 12. Jan. 1938 übersandte der RegPräs. dem GBA. mittels eines mit Unterschrift und Stempel versehenen Anschreibens eine Ausfertigung der Verhandlungsniederschrift v. 1. Dez. 1937 mit dem Antrage, die Eintragung der darin verlautbarten Dienstbarkeit zu bewirken. Die Niederschrift bezog sich nach ihrem Inhalt auf einen vom Enteignungskommissar an Ort und Stelle anberaumten Termin zur Planfeststellung und Besitzeinweisung sowie zur Feststellung der Entschädigung für das durch den Bau einer Einfachleitung der Unternehmerin dauernd zu beschränkende Grundeigentum, in dem sich der Grundstückseigentümer mit der von der Unternehmerin vorgeschlagenen Entschädigung einverstanden erklärt und die Eintragung einer näher bezeichneten Dienstbarkeit zugunsten der Unternehmerin im Grundbuche bewilligt und beantragt hatte, und zwar mit dem Vorrecht vor allen übrigen Rechten und Belastungen an der beschränkten Parzelle. Das GBA.

nahm die Eintragung der Dienstbarkeit vor, jedoch mangels entsprechender Vorrangseinräumungen ohne den Vorrang. Die Beschw. der Unternehmerin wurde zurückgewiesen. Die weitere Beschw. gab das KG. mit folgender Begründung statt.

Das Schreiben des RegPräs., mit dem die Verhandlung vom 1. Dez. 1937 dem GBA. übersandt wurde, ist ersichtlich als Eintragungsersuchen gemäß § 38 GBO. gedacht. Das Ersuchen ist gerichtet auf Eintragung der Dienstbarkeit für die BeschwF., und zwar so, wie sie in der Verhandlung vom Grundstückseigentümer verlautbart worden ist, also mit dem Vorrang vor den sonstigen eingetragenen Grundstücksrechten. Die Form des Ersuchens entspricht dem § 29 Abs. 3 GBO.; die damit erstrebte Eintragung steht mit den allgemeinen grundbuchlichen Vorschriften im Einklang. Die Prüfung des GBA. gegenüber dem Ersuchen beschränkt sich im übrigen darauf, ob die ersuchende Behörde zur Stellung eines derartigen Ersuchens im allgemeinen gesetzlich befugt ist; dagegen ist nicht nachzuprüfen, ob die sachlich-rechtlichen Voraussetzungen für ein Ersuchen der Behörde mit dem vorl. Inhalt im einzelnen Falle tatsächlich gegeben waren; insoweit trägt vielmehr die ersuchende Behörde allein die Verantwortung (Güthe-Triebel a. a. O., Anm. 51 zu § 38).

Als gesetzliche Grundlage für ein Eintragungsersuchen der Enteignungsbehörde kommt hier allein der § 33 PrEnteigG. v. 11. Juni 1874 in Betracht. Das gilt auch für das vereinfachte Enteignungsverfahren gemäß dem Ges. v. 26. Juli 1922 (GS. 211), in dem die Vorschriften des EnteigG. abgesehen von einigen Besonderheiten anzuwenden sind (§ 1 Abs. 2); Enteignungsbehörde ist in diesem Verfahren an Stelle des Bezirksausschusses der RegPräs. (§ 3).

Nach § 33 EnteigG. hat die Enteignungsbehörde im Anschluß an den Enteignungsbeschluß (§ 32) dem GBA. von der Enteignung Nachricht zu geben und es um die Eintragung des dadurch eingetretenen Eigentumsüberganges zu ersuchen. Mit der Zustellung des Enteignungsbeschlusses nämlich geht das Eigentum an dem enteigneten Grundstück auf den Unternehmer des Enteignungsverfahrens über, und zwar frei von allen privatrechtlichen Belastungen (§§ 44, 45 EnteigG.). Das Ersuchen der Enteignungsbehörde an das GBA. bezweckt die Übernahme dieses veränderten Rechtszustandes in das Grundbuch, dient also dessen Berichtigung. Entsprechendes gilt, wenn Gegenstand des Enteignungsverfahrens nicht die völlige Entziehung des Eigentums ist, sondern nur dessen Beschränkung. Das Ersuchen ist dann in sinngemäßer Anwendung der §§ 33, 44 f. auf Eintragung des mit der Zustellung des Enteignungsbeschlusses entstandenen rangbevorrechtigten dinglichen Rechts zu richten.

Notwendige Voraussetzung des Eintragungsersuchens der Enteignungsbehörde ist somit stets der Erlaß eines Enteignungsbeschlusses als regelmäßiger Abschluß des Enteignungsverfahrens. Das Vorliegen dieser Voraussetzung muß das Ersuchen erkennen lassen durch Bezugnahme auf den Enteignungsbeschluß oder Anführung der gesetzlichen Vorschrift des § 33 EnteigG. Hier ist in dem Ersuchen des RegPräs. statt dessen auf die Verhandlungsniederschrift v. 1. Dez. 1937 und die darin vom Grundstückseigentümer bestellte Dienstbarkeit hingewiesen. Aus der in Ausfertigung beigefügten Niederschrift ergibt sich weiter, daß das Enteignungsverfahren, in dem die sonst getrennten Verhandlungen über die Planfeststellung und über die Festsetzung der Entschädigung gemäß § 4 des Ges. von 1922 verbunden worden sind, an Stelle eines Enteignungsbeschlusses mit einer Einigung der Beteiligten über die Höhe der Entschädigung sowie mit der freiwilligen Bestellung der Dienstbarkeit seitens des Eigentümers für den Unternehmer beendet hat. In einem solchen Falle ist aber, entgegen der Ansicht der weiteren Beschw. für ein Eintragungsersuchen der Enteignungsbehörde infolge Fehlens der Voraussetzungen des § 33 EnteigG. kein Raum. Die durch die Enteignung erstrebten dinglichen Rechtsänderungen — der Übergang oder die Beschränkung des Eigentums — treten nicht kraft Gesetzes ein, sondern folgen grundsätzlich den allgemeinen Vorschriften (vgl. § 17 Abs. 1 EnteigG.), und auch für die erforderlichen grundbuchlichen Eintragungen gelten die allgemeinen Voraussetzungen der §§ 13, 19 ff. GBO. (Güthe-Triebel a. a. O. S. 1803 zu β, 1804 zu c und d α, 1805 zu β).

Das Eintragungsersuchen des RegPräs. entspricht hiernach nicht den Erfordernissen des § 38 GBO. Auf Grund dieses Ersuchens kann deshalb die Eintragung der Dienstbarkeit im Grundbuch nicht erfolgen. Jedoch hat der Grundstückseigentümer in der Verhandlung v. 1. Dez. 1937, die von dem Enteignungskommissar aufgenommen ist und nach § 26 Abs. 2 EnteigG. die Kraft einer gerichtlichen oder notariellen Urkunde hat, die Eintragung der Dienstbarkeit zugunsten der BeschwF. bewilligt und beantragt. Diese Erklärungen, die ersichtlich der vom GBA. vorgenommenen Eintragung zugrunde liegen, rechtfertigen zwar die Eintragung des Rechts selbst im Grundbuche, das damit zur Entstehung gelangt. Da es sich um eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit handelt, ist die sonst zur Belastung eines Erbhofs nach § 37 REG. vorgeschriebene Genehmigung des AnerbG. gemäß § 32 Nr. 1 EHRV. nicht erforderlich. Dagegen reichen die Erklärungen des Grundstückseigentümers zur Eintragung des weiterhin beantragten Vorranges vor den übrigen eingetragenen Grundstücksrechten nicht aus. Vielmehr bedarf es dafür grundsätzlich der Bewilligung der betroffenen Berechtigten. Die Vorlegung eines Hypothekenbriefes kommt daneben nicht in Frage, weil das einzige in Abt. III eingetragene Recht briefios ist. Da die Inhaber der zurücktretenden Rechte der Vorrangseintragung nicht in grundbuchmäßiger Form zugestimmt haben, ist es an sich folgerichtig, wenn das GBA. den für die Dienstbarkeit in Anspruch genommenen Vorrang nicht eingetragen und das LG. dieses Verfahren gebilligt hat, wobei nicht erörtert zu werden braucht, ob nicht von diesem Standpunkt aus statt der Eintragung der Dienstbarkeit ohne Vorrang zunächst eine Zwischenverfügung auf Nachreichung der fehlenden Vorrangseinräumungen und nach Fristablauf die Zurückweisung des ganzen Eintragungsantrages geboten gewesen wäre.

Bei ihrer Entscheidung haben die Vorinstanzen jedoch nicht beachtet, daß hier nach den Vorschriften des EnteigG. das Grundbuch hinsichtlich des Ranges der eingetragenen Dienstbarkeit unrichtig geworden ist und daß durch den Nachweis der Unrichtigkeit in grundbuchmäßiger Form (§ 29 GBO.) die Bewilligung der betroffenen Berechtigten ersetzt wird (§ 22 GBO.).

Gemäß § 45 EnteigG. wird das enteignete Grundstück mit der Zustellung des Enteignungsbeschlusses von allen darauf haftenden privatrechtlichen Verpflichtungen frei, soweit der Unternehmer sie nicht vertragsmäßig übernommen hat; ist nur eine Beschränkung des Eigentums Gegenstand des Enteignungsverfahrens, so treten die bestehenden Belastungen des Grundstücks im Range hinter das der Beschränkung entsprechende Recht des Unternehmers (Meyer, „EnteigG.⁴“ § 45 Anm. 1; Güthe-Triebel a. a. O. S. 1804 zu d α). Nach § 46 EnteigG. treten diese rechtlichen Wirkungen auch dann ein, wenn die Abtretung des Grundstücks — oder entsprechend die Einräumung des Grundstücksrechts bei beschränkter Enteignung — durch Vereinbarung zwischen Unternehmer und Eigentümer erfolgt ist, und zwar entweder durch eine Vereinbarung in Gemäßheit des § 16, d. h. vor der endgültigen Planfeststellung, „unter Durchführung des Enteignungsverfahrens“, oder durch eine solche in Gemäßheit des § 26, d. h. bei der kommissarischen Verhandlung im Entschädigungsfeststellungsverfahren. Während also die freiwillige Abtretung des Gegenstandes der Enteignung auf Grund einer Vereinbarung, welche die Beteiligten in der kommissarischen Verhandlung gemäß § 25 EnteigG. getroffen haben und die nach § 26 von dem Enteignungskommissar zu Protokoll zu nehmen ist, ohne weiteres das Erlöschen oder Zurücktreten der dinglichen Rechte zur Folge hat, setzt die Anwendung des § 46, wenn der Abtretung nur eine Einigung gemäß § 16 zugrunde liegt, außerdem die Durchführung des Enteignungsverfahrens voraus, wobei es dahingestellt bleiben kann, wie weit diese Durchführung gehen muß.

Der Grund für die verschiedene Behandlung der freiwilligen Abtretung, je nachdem sie auf einer Vereinbarung nach § 16 oder nach § 26 beruht, ist vor allem darin zu suchen, daß eine Vereinbarung der ersten Art ohne Mitwirkung der Enteignungsbehörde zustande kommt, während bei der zweiten Art stets die Enteignungsbehörde in Gestalt des vom RegPräs. ernannten Kommissars mitwirkt und auf den Inhalt der Vereinbarung bestimmenden Einfluß ausüben kann (vgl. Kersten in Brauchitsch, „Preuß Verwaltungsgesetze III“, Anm. 1 zu § 16 EnteigG.). Ferner stützt sich die Einigung der Beteiligten gemäß § 16 lediglich auf den vorläufig festgestellten Plan (§ 15), in dessen Rahmen sie sich allerdings halten muß. Dagegen ist das Entschädigungsfeststellungsverfahren, in dem die Vereinbarung gemäß § 26 abgeschlossen wird, im Regelfalle dadurch bedingt, daß die Planfeststellung bereits rechtskräftig erledigt ist. Das ergibt sich einmal aus § 24 Abs. 3 EnteigG., wonach der Grundbuchauszug, der dem Antrage des Unternehmers auf Feststellung der Entschädigung beizufügen ist, diesem grundsätzlich nur beim Nachweise der endgültigen Planfeststellung erteilt wird (vgl. KGJ. 40, 130; 50, 174), ferner daraus, daß für die kommissarische Verhandlung in § 25 Abs. 1 die Vorlegung des definitiv festgestellten Planes vorgeschrieben ist. Nur wenn zwischen den Beteiligten eine Einigung über den Gegenstand der Abtretung i. S. des § 16 EnteigG. stattgefunden hat, bedarf es für die Einleitung und Durchführung der vorbehaltenen Entschädigungsfestsetzung gemäß §§ 24 ff. nicht der endgültigen Planfeststellung durch die Enteignungsbehörde. Denn durch die Einigung, wenn sie sich im Rahmen der vorläufigen Planfeststellung hält, wird dem definitiven Planfeststellungsverfahren der Boden entzogen (RGZ. 72, 359 = JW.

1910, 195; Meyer, Anm. 2 zu § 16, Anm. 5 zu § 24). Gerade im Hinblick auf diese Möglichkeit läßt § 24 Abs. 3 Satz 2 die Erteilung eines Grundbuchauszuges außer auf Grund des Beschlusses über die endgültige Planfeststellung auch auf Grund „einer sonstigen Bescheinigung" der Enteignungsbehörde zu (KGJ. 40, 131; JFG. 5, 335 mit Zitaten; Meyer, Anm. 6 zu § 24).

Ist das vereinfachte Enteignungsverfahren gemäß § 1 Ges. v. 26. Juli 1922 (GS. 211) angeordnet worden, auf das im übrigen, wie bereits erwähnt, die Vorschriften des EnteigG. Anwendung finden (§ 1 Abs. 2), so kann darin nach § 4 der Beschluß über die Feststellung der Entschädigung, der hier stets zusammen mit dem Enteignungsbeschluß ergeht, in geeigneten Fällen mit dem Beschluß über die Planfeststellung verbunden werden. Es ist danach zulässig, die Verfahrensabschnitte über die Planfeststellung und über die Festsetzung der Entschädigung, die sonst völlig getrennt behandelt und durchgeführt werden, zusammenzuziehen. Geschieht das, so entfällt naturgemäß das Erfordernis der endgültigen Planfeststellung für das Verfahren zur Feststellung der Entschädigung. Der nach § 24 Abs. 3 zur Feststellung der Entschädigung beizubringende beglaubigte Auszug aus dem Grundbuch ist dem Unternehmer schon dann zu erteilen — und zugleich der Vermerk über das eingeleitete Enteignungsverfahren gemäß § 24 Abs. 4 einzutragen —, wenn die Enteignungsbehörde die beabsichtigte Verbindung der Beschlüsse bescheinigt (JFG. 5, 334). Der Termin zur kommissarischen Verhandlung über die Entschädigung gemäß § 25 dient in diesem Falle zugleich zur Erörterung etwaiger Einwendungen gegen den vorläufig festgestellten und in dem Gemeindebezirk nach § 19 EnteigG., § 3 Ges. von 1922 zur Einsicht ausgelegten Plan (§ 20). Führen die Verhandlungen in dem Termin an Stelle einer endgültigen Planfeststellung und einer behördlichen Festsetzung der Entschädigung zu einer Vereinbarung der Beteiligten sowohl über den Gegenstand der Enteignung im Rahmen des vorläufig festgestellten Planes, wie über die Höhe der Entschädigung und anschließend zur freiwilligen „Abtretung" des Gegenstandes der Enteignung zu Protokoll des Enteignungskommissars, so ist der Tatbestand des § 46 EnteigG. ebenso als gegeben anzusehen, wie wenn im gewöhnlichen Enteignungsverfahren zunächst eine die endgültige Planfeststellung ersetzende Einigung der Beteiligten gemäß § 16 und in dem Termin des anschließenden Verfahrens zur Feststellung der Entschädigung die freiwillige Abtretung des Gegenstandes der Enteignung erfolgt. Die berechtigten Interessen der durch den Eintritt der Rechtsfolgen des § 45 betroffenen dinglich Berechtigten erscheinen i. S. des Gesetzes dadurch ausreichend gewahrt, daß ihnen nach Auslegung des vorläufig festgestellten Planes durch die in § 25 Abs. 4 vorgeschriebene öffentliche Aufforderung die Gelegenheit zur Teilnahme an dem Termin und an den Verhandlungen der Beteiligten unter Leitung des Kommissars der staatlichen Enteignungsbehörde geboten war, daß die dem Eigentümer gewährte Entschädigung nach § 45 Abs. 2 rücksichtlich aller Realansprüche an die Stelle des enteigneten Gegenstandes tritt und daß die Berechtigten, soweit ihre Forderung durch eine vereinbarte Entschädigung nicht gedeckt werden, nach § 46 Satz 2 sich ihre Ansprüche im Rechtswege gegen den Unternehmer festsetzen lassen können.

In § 46 EnteigG. wird die freiwillige Abtretung des Enteignungsgegenstandes durch Vereinbarung zwischen Unternehmer und Eigentümer hinsichtlich der Rechtsfolgen des § 45 dem Enteignungsbeschlusse gleichgestellt, mit dessen Zustellung die das Ziel der Enteignung bildende dingliche Rechtsänderung kraft Gesetzes eintritt (§ 44). Da die freiwillige Abtretung sich, wie bereits früher erwähnt, in den Formen vollzieht, die sonst für rechtsgeschäftliche Rechtsänderungen der fraglichen Art gelten, müssen diese Formen erfüllt und die erstrebte Rechtsänderung rechtswirksam vollzogen sein, ehe die Wirkungen des § 46 eintreten können (Meyer, §§ 26 Anm. 1, 46 Anm. 3). Im Falle der Übereignung des Grundstücks bedarf es deshalb der Auflassung und Eintragung, im Falle seiner Belastung der Einigung der Beteiligten und der Eintragung des eingeräumten dinglichen Rechts im Grundbuch (§§ 873, 925 BGB.).

Da weiter der Enteignungsbeschluß im gewöhnlichen Enteignungsverfahren nach § 32 erst ergehen darf, wenn die rechtsgültige Zahlung oder Hinterlegung der vereinbarten oder endgültig festgestellten Entschädigungssumme nachgewiesen ist und ebenso im vereinfachten Enteignungsverfahren nach § 5 Ges. von 1922 das Eigentum des enteigneten Grundstücks auf den Unternehmer erst nach Zahlung oder Hinterlegung der Entschädigungssumme übergeht, sind auch die Rechtswirkungen des § 46 von einer entsprechenden Voraussetzung abhängig zu machen (Meyer a. a. O.; RGZ. 72, 354 ff., insbes. 357 = JW. 1910, 248).

Sind diese Voraussetzungen gegeben, ist also die Entschädigung gezahlt oder hinterlegt, und ist ferner auf Grund der „Abtretung" das dingliche Recht des Unternehmers rechtswirksam entstanden, so geht es im Falle der beschränkten Enteignung den bereits bestehenden privatrechtlichen Grundstücksbelastungen gemäß §§ 45 f. ohne weiteres im Range vor. Ist es wie hier im Grundbuch ohne den Vorrang vor den übrigen Grundstücksbelastungen eingetragen worden, so ist das Grundbuch hinsichtlich des Ranges unrichtig. Seine Berichtigung setzt, wenn nicht Bewilligungen der betroffenen Berechtigten beigebracht werden können, den Nachweis der Unrichtigkeit durch öffentliche Urkunden voraus (§§ 22, 29 GBO.). Wenn Meyer (Anm. 4 zu § 46) annimmt, ein Nachweis der Voraussetzungen des § 46 in grundbuchmäßiger Form werde dem Unternehmer des Enteignungsverfahrens nicht möglich sein, so daß praktisch die genannte Vorschrift im wesentlichen bedeutungslos sei, so kann dem nicht beigetreten werden. Es ist zwar richtig, daß die Vorlage der Vertragsurkunde zu dem Nachweise nicht genügt, weil daraus allein nicht ersichtlich ist, daß das Enteignungsverfahren nach Vorschrift des EnteigG. durchgeführt ist. Denkbar ist aber einmal, daß der Unternehmer die Übersendung der Akten der Enteignungsbehörde an das GBA. veranlaßt, deren Einsicht im allgemeinen einen weiteren Nachweis überflüssig machen wird. Ferner ist es möglich, daß die ordnungsmäßige Durchführung des Enteignungsverfahrens in dem für die Anwendung des § 46 vorausgesetzten Umfange sich aus den zu den Grundakten gelangenden, in der Form öffentlicher Urkunden abgegeben Äußerungen der Enteignungsbehörde entnehmen läßt. Das letztere trifft im vorl. Falle zu.

Als zum Nachweise geeignete öffentliche Urkunden, d. h. solche, die von einer öffentlichen Behörde innerhalb der Grenzen ihrer Amtsbefugnisse in der vorgeschriebenen Form aufgenommen worden sind (§ 415 ZPO.), kommen hier die folgenden in Betracht:

1. Die mit Unterschrift und Stempel versehene „Bescheinigung" des RegPräs. v. 5. Nov. 1937 gemäß § 24 Abs. 3 EnteigG., aus der sich ergibt, daß der Unternehmerin von dem zuständigen RWiM. das Enteignungsrecht hinsichtlich der fraglichen Parzelle verliehen und daß auf dieser Grundlage das Enteignungsverfahren eingeleitet worden ist, daß gemäß ministerieller Ermächtigung das vereinfachte Enteignungsverfahren zur Anwendung kommen und das Verfahren über die Feststellung des Planes mit der Entschädigungsfeststellung verbunden werden soll.

2. Die vom RegPräs. vorschriftsmäßig mit Siegel und Unterschrift erteilte Ausfertigung der Niederschrift über die Verhandlung v. 1. Dez. 1937 vor dem Enteignungskommissar, betr. den zur Planfeststellung und Besitzeinweisung sowie zur Festsetzung der Entschädigung anberaumten Termin; aus dieser Urkunde ergibt sich, abgesehen von dem Charakter des Termins, dessen ordnungsmäßige Vorbereitung gemäß § 25 EnteigG., insbes. die Aufforderung der nicht besonders geladenen Beteiligten durch eine im Amtsblatt der Regierung sowie im Kreisblatt veröffentlichte Vorladung zur Wahrnehmung ihrer Rechte im Termin, ferner das Vorliegen eines vorläufig festgestellten Planes und die Zuziehung eines Sachverständigen (§ 27).

3. Das mit Stempel und Unterschrift versehene Ersuchen des RegPräs. v. 12. Jan. 1938, in dem die Zustellung der Niederschrift an die Beteiligten und die Auszahlung der Entschädigung an den Grundstückseigentümer bescheinigt ist.

Diese öffentlichen Urkunden erbringen in Verbindung mit der Tatsache, daß die den Gegenstand der Enteignung bildende Dienstbarkeit im Grundbuch eingetragen ist, einen ausreichenden Nachweis der Voraussetzungen für die Anwendung des § 46 EnteigG. Sie erweisen insbes. die ordnungsmäßige Durchführung des Enteignungsverfahrens bis zu der gemäß § 26 getroffenen Vereinbarung der Beteiligten und die Zahlung der vereinbarten Entschädigungssumme gemäß § 32. Wenn aus den genannten Urkunden nicht alle Einzelheiten des Enteignungsverfahrens ersichtlich sind, so ist das — zumal in einem so einfach und klar gelagerten Falle, wie dem vorliegenden, in dem eine Beeinträchtigung der dinglich Berechtigten praktisch nicht in Frage kommt — unschädlich, weil in Ermangelung von Anhaltspunkten für das Gegenteil nicht damit gerechnet zu werden braucht, daß die Enteignungsbehörde sich über die gesetzlichen Verfahrensvorschriften hinwegsetzen wird. Es ist deshalb grundbuchmäßig nachgewiesen, daß nach §§ 45, 46 EnteigG. die bestehenden privatrechtlichen Belastungen des Grundstücks im Range hinter die Dienstbarkeit der BeschwF. getreten sind und das Grundbuch insoweit unrichtig ist. Zu den privatrechtlichen Belastungen gehören im vorl. Falle auch die in Abt. II zugunsten der Preußischen Landesrentenbank eingetragenen Rechte; die Rentenbankrenten insbes. sind durch Art. 3 Ziff. 1 AGZwVerfG. (vgl. § 28 Preuß. LandesrentenbankG. v. 1. Aug. 1931 [GS. 154]) den öffentlichen Lasten nur hinsichtlich des Rechts auf Befriedigung aus dem Grundstücke gleichgestellt; sie sind aber privatrechtlicher Natur (Mayer, Anm. 3 zu § 45).

(KG., 1. ZiSen., Beschl. v. 16. Juni 1938, 1 Wx 214/38.) [S.]

Reichserbhofgericht

**** 26. § 3 Abs. 1, §§ 5, 7 REG. Bei der Berechnung der Erbhofhöchstgrenze von 125 ha ist Ödland und Unland dann mit zu berücksichtigen, wenn dieses Land zur Wirtschaftseinheit des Hofes gehört.**

Nach § 3 Abs. 1 REG darf der Erbhof nicht größer als 125 ha sein. Die Frage, ob der Besitz nicht den Umfang von 125 ha überschreitet, ist ohne Rücksicht auf die Art der Bodennutzung und Bodengüte zu beantworten. § 7 REG, der das Erfordernis der Wirtschaftseinheit des Erbhofes aufstellt, sieht vor, daß alle im Eigentum des Bauern stehenden Grundstücke, die regelmäßig von der Hofstelle aus bewirtschaftet werden, zum Erbhof gehören. Unter regelmäßiger Bewirtschaftung i. S. des § 7 REG ist jedoch nicht der Zustand zu verstehen, der für den jeweiligen Eigentümer, sondern der für das ganze Geschlecht gilt; denn nur die Berücksichtigung eines mehrere Generationen umfassenden Zeitraums vermag den Grundgedanken des REG gerecht zu werden. Demgemäß können auch Grundstücke, die noch nicht von der Hofstelle des Eigentümers aus bewirtschaftet worden sind, bei denen jedoch nach den tatsächlichen Verhältnissen in verständiger Würdigung aller Umstände mit einer Selbstbewirtschaftung in Zukunft zu rechnen ist, zur Wirtschaftseinheit des Erbhofes gehören (RGHG 4, 179 = JW. 1937, 2578[4]; RGHG 4, 312 = JW. 1937, 3257[56]; RGHG 4, 498 = JW. 1938, 1057[60]). Bei dieser Betrachtungsweise erscheint es durchaus möglich, daß auch Unland durch Aufforstung oder Urbarmachung ertragreich gestaltet wird oder einer sonstigen dem Erbhof dienenden Zweckbestimmung — z. B. durch Errichtung von Wirtschaftsgebäuden — zugeführt werden kann und mit Rücksicht auf das Bestreben, jedes Stück deutschen Bodens zur Volksernährung heranzuziehen, bei verständiger Würdigung der Verhältnisse auch in Zukunft zugeführt werden wird. Ebensowenig wie es angängig ist, z. B. Wege, Gräben, Wasserstücke und Steinbrüche mangels land- und forstwirtschaftlicher Nutzung als nicht erbhofzugehörig ohne weiteres auszuscheiden, kann auch Unland in Abzug gebracht werden. Ist aber ein Grundstück erbhofzugehörig, so ist es bei der Berechnung der Erbhofhöchstgrenze mitzuberücksichtigen; denn die Erbhofeigenschaft bezieht sich auf den als eine Wirtschaftseinheit anzusehenden Grundbesitz. Die Wirtschaftseinheit des Erbhofs umfaßt hier aber eine Besitzgröße von 126,429 ha, welche die für Erbhöfe in § 3 Abs. 1 REG vorgesehene Höchstgrenze von 125 ha um nahezu 1½ ha überschreitet.

Die Auffassung, daß Unland bei der Berechnung der Erbhofhöchstgrenze nicht mitzuberücksichtigen sei, findet auch sonst im Gesetz keine Stütze. Während für den Mindestumfang eines Erbhofes keine bestimmte Besitzgröße festgesetzt ist, vielmehr lediglich das Vorhandensein einer Ackernahrung (§ 2 Abs. 2 REG) entscheidet, ist als Erbhofhöchstgrenze ausdrücklich eine Besitzgröße von 125 ha vorgesehen (§ 3 Abs. 1 REG, § 34 Abs. 1 EHVfO). Diese Bestimmung einer Höchstgrenze ist zwingend; auch bei einer nur ganz geringen Überschreitung dieser Größe kann der Besitz kraft Gesetzes nicht Erbhof werden. Eine Ausnahme von dieser Erbhofhöchstgrenze ist im Gesetz nicht zugelassen. Wenn das Unland bei der Berechnung der Größe von 125 ha unberücksichtigt bleiben sollte, so würde der Gesetzgeber eine entsprechende Regelung getroffen haben. Das ist jedoch nicht geschehen. In § 5 REG, §§ 44, 45 EHVfO ist ein Verfahren vorgesehen, das die Erlangung der Erbhofeigenschaft für Besitzungen über 125 ha ermöglicht. Danach kann der Reichsminister für Ernährung und Landwirtschaft nach Anhörung des Kreisbauernführers und des Landesbauernführers von den Erfordernissen des § 3 REG — also auch von der Höchstgrenze von 125 ha — Ausnahmen zulassen. Kraft Gesetzes sollen also nur Besitzungen mit einem Flächenumfang bis zu 125 ha Erbhöfe werden; nur ausnahmsweise können in einem besonders geordneten Verfahren auch Besitzungen über 125 ha als Erbhöfe zugelassen werden. Auf diese Weise ist auch für Besitzungen über 125 ha die Möglichkeit gegeben, Erbhofeigenschaft zu erlangen.

Für die Richtigkeit dieser Beurteilung sprechen auch rein praktische Erwägungen. Nach den Ausführungen des Landesbauernführers soll Ödland bei der Berechnung der Erbhofhöchstgrenze von 125 ha mit einbezogen werden, während dies bei Unland nicht geschehen soll. Ob es sich bei einer Fläche um Ödland oder Unland handelt, ist aber im allgemeinen nur schwer festzustellen. Wenn unter „Ödland" Grundbesitz verstanden wird, der entweder nicht unter Pflugbearbeitung steht oder der nur geringe Erträge — z. B. als Schafweide — erbringt, während „absolutes Unland" solche Grundstücke sein sollen, die bei verständiger Wirtschaftsweise niemals irgendeinen Ertrag abwerfen, so ist diese Unterscheidung nur als sehr flüssig zu bezeichnen und bietet jedenfalls keinen geeigneten Maßstab, um zweifelsfrei „Unland" von den sonstigen erbhofzugehörigen Grundstücken auszusondern. Das würde aber im Interesse der Rechtssicherheit erforderlich sein, wenn man der Auffassung der BeschwF. folgen würde.

Es mag im Einzelfalle unerwünscht sein, bei der Berechnung der Erbhofhöchstgrenze von 125 ha von dem vorstehend umschriebenen Flächenumfang auszugehen, das kann jedoch angesichts der grundsätzlichen Bedeutung dieser Frage und der im Gesetz getroffenen Regelung nicht zu einer gegenteiligen Entscheidung führen. Die Bestimmung des § 3 Abs. 1 REG gibt nicht zu begründeten Zweifeln Anlaß, so daß auch keine Möglichkeit besteht, unter Heranziehung des § 56 REG die von den BeschwF. gewünschte Auslegung zu treffen. Wenn in der Tat bei einem Besitz in der Höhe von über 125 ha ein Bedürfnis zur Schaffung eines für Volk und Staat wichtigen Erbhofes besteht, so mag das auf dem Wege des § 5 REG geschehen. Ob eine Zulassung des Anwesens als Erbhof auf Grund dieser Bestimmung möglich ist, bedarf hier keiner Entscheidung.

(RGHG, 2. Sen., Beschl. v. 31. März 1938, 2 RB 692/37.)
⟨= RGHG 5, 221.⟩

*

**** 27. § 27 Abs. 2 EHRV; § 11 EHVfO; § 20 REG. Nur der Eigentümer, nicht aber ein Hypothekengläubiger oder ein eingetragener Nießbraucher kann den Antrag auf Entziehung der Erbhofeigenschaft nach § 27 Abs. 2 EHRV. stellen. Ein Antragsteller, der sich auf ein vermeintliches Antragsrecht stützt, ist im Fall der Ablehnung seines Antrags beschwerdeberechtigt.**

Der Bauer Ludwig Sch. ist Eigentümer eines Anwesens, das ursprünglich Eigentum seiner Mutter war. Diese war in zweiter Ehe mit dem Landwirt Friedrich G. verheiratet. Im Jahre 1928 hatten die Eheleute G. den Hof dem Ludwig Sch. für 25000 *RM* übergeben, die im Grundbuch als „Übergabeforderung" eingetragen worden sind. Außerdem wurde den Übergebern ein Nießbrauchrecht am Hof auf Lebensdauer eingeräumt. Nach dem Tode der Ehefrau G. wird dieses Recht jetzt von ihrem Ehemann ausgeübt. Sch. betreibt eine Metzgerei.

Das Anwesen ist in das gerichtliche Verzeichnis der für die Erbhöferolle bestimmten Höfe aufgenommen worden. Am 29. Aug. 1934 hat G. beantragt, die Nichterbhofeigenschaft des Besitzes festzustellen, da das Nießbrauchrecht der Erbhofeigenschaft entgegenstehe und das Anwesen auch nicht die Größe einer Ackernahrung habe.

Das AEG. hat durch Beschluß v. 25. Okt. 1934 die Erbhofeigenschaft des Anwesens festgestellt. Dieser Beschluß ist rechtskräftig.

G. hat dann am 20. Febr. 1935 den Antrag gestellt, dem Hause Nr. 28, das zu dem Besitz gehört, die Erbhofeigenschaft zu entziehen, und zur Begründung ausgeführt: Sch. sei auf die Einnahmen aus dem Mietshause zum Unterhalt der Familie und zur Erhaltung des Hofes nicht angewiesen. Wenn die Erbhofeigenschaft entzogen werde, so könne das Hausgrundstück Nr. 28 veräußert und aus dem Erlöse der Erbhof, auf dem für den Antragsteller eine Hypothek von 25000 Goldmark ruhe, entlastet werden. Er sei bereit, das Mietshaus käuflich zu erwerben und dann auf das Nießbrauchrecht sowie einen Teil seiner Hypothek zu verzichten.

Das AEG hat durch Beschluß v. 28. März 1935 den Antrag als unzulässig zurückgewiesen, da G. nicht berechtigt sei, einen Antrag auf Entziehung der Erbhofeigenschaft des zum Erbhofe gehörigen Mietshauses zu stellen (§ 64 Abs. 3 der DV I z. REG).

Das EHG hat den anerbengerichtlichen Beschluß aufgehoben und die Sache zur anderweitigen Behandlung und Entscheidung an das AEG zurückverwiesen. Dieses hat sodann den Antrag des G. als unbegründet zurückgewiesen. In den Gründen ist ausgeführt: Die Abtrennung eines Teiles eines Erbhofes dürfe nur unter ganz besonderen Umständen zugelassen werden; solche seien aber im vorliegenden Falle nicht dargetan. Vielmehr stehe fest, daß in einzelnen Räumlichkeiten des Hauses Nr. 28 landwirtschaftliche Geräte und Erzeugnisse aufbewahrt würden. Das Haus diene somit dem Erbhof. Ob der Bauer auf die Mieteinnahmen angewiesen sei oder ob der Antragsteller ihm das Anwesen abkaufen wolle, sei unerheblich. Im übrigen habe sich der Eigentümer ausdrücklich gegen die beantragte Abtrennung ausgesprochen.

Das EHG hat die sofortige Beschwerde zurückgewiesen: Das Haus Nr. 28 diene zur Zeit der Bewirtschaftung des Erbhofes. Die Abtrennung sei mit Schwierigkeiten verbunden

und könne zu Streitigkeiten Anlaß geben. Es sei nicht ersichtlich, inwiefern die Entlassung aus dem Erbhofverbande dem Erbhof irgendwelchen Nutzen bringen würde.

G. hat sofortige weitere Beschwerde eingelegt.

Die Beschwerdebefugnis des G. ist zu bejahen. Er hat den nach § 27 Abs. 2 EHRV erforderlichen Antrag, das Hausgrundstück Nr. 28 vom Erbhofe zu trennen, beim AEG gestellt, und zur Begründung unter anderem vorgetragen, daß ihm als Nießbraucher das Antragsrecht zustehe. Die Vorentscheidungen haben sich dieser Auffassung angeschlossen, sie halten jedoch die sachlichen Voraussetzungen für die Entziehung der Erbhofeigenschaft nicht für gegeben. Wenn dieser ablehnende Beschluß vom Antragsteller angegriffen wird, so ist bei der Frage der Zulässigkeit des Rechtsmittels nicht nachzuprüfen, ob dem BeschwF. das behauptete Antragsrecht aus § 27 Abs. 2 EHRV überhaupt zusteht oder nicht, vielmehr liegt in der Ablehnung des Antrages bereits eine Beeinträchtigung seines vermeintlichen Rechts.

Die sofortige weitere Beschwerde ist nach § 49 Abs. 4 REG jedoch nur zulässig, wenn in der Entsch. des EHG ein neuer selbständiger Beschwerdegrund enthalten ist. Beide Vorentscheidungen sind bei ihrer sachlichen Entscheidung zu dem gleichen Ergebnisse gelangt. Der neue selbständige Beschwerdegrund könnte deshalb nur in einem Verstoße gegen erhebliche Verfahrensvorschriften gefunden werden, z. B. in der Verletzung der Anhörungspflicht. Die Beteiligten brauchen nicht zu jedem Ergebnisse der angestellten Ermittlungen gehört zu werden, es ist vielmehr dem Ermessen des Gerichts hierbei ein Spielraum gelassen (§ 12 Abs. 2 EHVfO). Ein Mißbrauch dieser Ermessensfreiheit wird dann nicht in Frage kommen, wenn das Gericht die Bekanntgabe der Ermittlungen oder von Äußerungen der Beteiligten oder Dritter unterläßt, weil diese Ermittlungen und Äußerungen für die Entscheidung nicht wesentlich sind oder nach dem Stande des Verfahrens nicht zu erwarten ist, daß durch eine etwaige Gegenerklärung der Beteiligten neue Tatsachen und sachlich erhebliche Gesichtspunkte zutage gefördert würden (REHG 2, 60 = JW. 1936, 124[30]). Im vorl. Fall ist dem BeschwF. G. das Gutachten des Erbhofrichters B. nicht zugänglich gemacht worden. Gleichwohl hat das EHG dieses Gutachten, dessen Inhalt teilweise in den Gründen wörtlich wiedergegeben ist, bei seiner Entscheidung berücksichtigt. Denn es weist darauf hin, daß die Abtrennung des Hauses Nr. 28 mit Schwierigkeiten verbunden sei und zu Streitigkeiten Anlaß geben könne. Das EHG hat hierbei offenbar die Feststellungen des Sachverständigen zugrunde gelegt, wonach das Mietshaus Nr. 28 vollkommen „von Grundstücken des Erbhofes umgeben sei". Aus diesem Grunde befürchtet der Sachverständige, daß sich Fahrtrechts- und sonstige Streitigkeiten ergeben werden. Im Falle der Mitteilung des Gutachtens würde zwar der BeschwF. bereits im zweiten Rechtszug hierzu Stellung genommen, schon damals eine Skizze überreicht und auf die angebliche Unrichtigkeit der Angaben, die der Sachverständige über die Lage des Hauses gemacht hat, hingewiesen haben. Dies würde jedoch die Entsch. des EHG nicht beeinflußt haben, da diese in erster Linie durch andere Gründe getragen wird. Das EHG weist nämlich darauf hin, daß die Entlassung des Hausgrundstücks aus dem Erbhofverbande für den Erbhof nicht von Vorteil sei, und daß das Grundstück der Bewirtschaftung des Erbhofes diene. Dazu kommt noch folgendes: Auch wenn das Hausgrundstück einen besonderen Zugang zur Straße hat, wie der BeschwF. jetzt angibt, so ist das Grundstück doch im übrigen von Erbhofland umgeben. Da nach den Feststellungen des Kreisbauernführers eine Ausfahrt zu den rückwärts gelegenen Grundstücken des Erbhofes, insbes. zu dem Plane Nr. 955 a vorhanden ist, besteht die Möglichkeit, daß im Falle der Abtrennung des Hausgrundstücks Nr. 28 vom Erbhofe Streitigkeiten über etwaige Ausfahrtsrechte entstehen. Auf diesen Gesichtspunkten beruht die Entsch. des EHG. Wenn unter diesen Umständen das EHG von der in einem einwandfrei durchgeführten Verfahren an sich notwendigen Mitteilung des Gutachtens an den BeschwF. absah, so ist darin eine für seine Entscheidung ursächliche Verletzung der Anhörungspflicht und damit ein erheblicher als neuer selbständiger Beschwerdegrund zu wertender Verfahrensverstoß nicht zu erblicken. Auch im übrigen liegen keine solchen Verstöße vor. Insbesondere ist der Aufklärungs- und Ermittlungspflicht Genüge getan.

Gleichwohl lassen die besonderen Umstände des Falles dessen sachliche Nachprüfung nach § 24 Abs. 2 EHVfO erforderlich erscheinen. Denn beide Vorentscheidungen stehen insofern im Widerspruche mit den Rechtsgrundsätzen des REG, als sie dem Nießbraucher G. ein Antragsrecht aus § 27 Abs. 2 EHRV zubilligen.

Bereits in seiner Entsch. v. 6. März 1935 hat das REHG (3. Senat) ausgesprochen, daß nur der Eigentümer des Erbhofs den Antrag auf Entziehung der Erbhofeigenschaft stellen kann (Vogels-Hopp § 49 Nr. 10). An dieser Ansicht ist festzuhalten. Das EHG will seine abweichende Auffassung aus einer entsprechenden Anwendung des § 54 EHVfO (früher § 61 der DV I zum REG) herleiten. Nach dieser Vorschrift kann allerdings der Antrag auf anerbengerichtliche Entscheidung über die Erbhofeigenschaft auch von demjenigen gestellt werden, der ein rechtliches Interesse an der Feststellung nachweist. Das EHG übersieht aber, wenn es diese Vorschrift auf den vorliegenden Fall für entsprechend anwendbar hält, daß es sich bei der Feststellung der Erbhofeigenschaft und bei der Frage, ob einzelnen Teilen des Erbhofs die Erbhofeigenschaft entzogen werden kann, um rechtlich und wirtschaftlich völlig verschiedene Dinge handelt. Im ersteren Falle soll lediglich die tatsächlich schon bestehende Rechtslage ermittelt und festgestellt werden, und es ist hierbei nur sachgemäß, daß diese Feststellung jeder betreiben kann, der an ihr ein rechtliches Interesse hat, und daß ein Interesse in diesem Sinne auch den an dem Grundbesitz dinglich Berechtigten zuzubilligen ist. Ganz anders verhält es sich bei der an die Genehmigung des AEG geknüpften Entziehung der Erbhofeigenschaft. Diese Maßnahme zielt darauf ab, daß durch einen rechtsgestaltenden Akt die an sich bestehende Rechtslage geändert wird, nämlich einzelne Teile des Erbhofs, ohne daß dabei ein Eigentumswechsel eintritt, aus der rechtlichen Verbundenheit mit dem Erbhofe gelöst und der freien Verfügung des Eigentümers überlassen werden. Nach Sinn und Zweck der Vorschrift kann es sich bei diesem innerbetrieblichen Vorgang nur um eine im Interesse des Erbhofeigentümers geschaffene Möglichkeit handeln. Dem entspricht es, daß nur der Eigentümer selbst den Antrag aus § 27 Abs. 2 EHRV stellen kann. Mit dem Ziel des REG, eine Schmälerung der Ernährungsgrundlage der Bauernfamilie zu verhindern und ein gesundes starkes Bauerntum zu erhalten und zu fördern, wäre es unvereinbar, wenn irgendein am Erbhof dinglich Berechtigter, z. B. ein Hypothekengläubiger, das Recht hätte, unter Umständen gegen den Willen des Bauern, darauf hinzuwirken, daß Teile des Erbhofs für erbhoffrei erklärt und damit zum Gegenstand einer Zwangsvollstreckung werden. G. war daher weder als Hypothekengläubiger noch als Nießbraucher befugt, den Antrag aus § 27 Abs. 2 EHRV zu stellen. Sein Antrag mußte daher von vornherein als unzulässig abgewiesen werden.

(REHG, 3. Sen., Beschl. v. 29. Jan. 1938, 3 RB 616/36.)

<= REHG 5, 194.>

*

**** 28. § 55 EHVfO. Das BeschwG. hat auf die Anschlußerklärung eines nach § 54 EHVfO Antragsberechtigten, der sich im Beschwerderechtszuge nach Einlegung der sofortigen Beschw. durch einen der vorher Beteiligten gemäß § 55 Abs. 1 EHVfO. dem Verfahren angeschlossen hat, auch dann sachlich zu entscheiden, wenn der andere Beteiligte sein Rechtsmittel nach Abgabe der Anschlußerklärung zurückgenommen hat.**

Eingetragene Eigentümerin des Bauerngutes Nr. 11 in G. in einer Größe von 36,1221 ha ist die Ehefrau Lotte L. Der Besitz, der von dem Ehemann der Eigentümerin bewirtschaftet wird, ist in die Erbhöferolle der Gemeinde T. Blatt 1 eingetragen.

Die Bank für deutsche Industrie-Obligationen, die Gläubigerin einer Umschuldungshypothek von 7600 GM. ist, hat beim AEG eine Feststellung beantragt, daß das Anwesen der Ehefrau L. kein Erbhof sei. Das AEG hat diesen Antrag zurückgewiesen. Gegen diesen Beschluß hat die Gläubigerin sofortige Beschwerde eingelegt und wiederum die Feststellung der Nichterbhofeigenschaft des eingangs bezeichneten Besitzes beantragt. Nach Beweiserhebung über die Wirtschaftsweise der Eheleute L. hat die „National" Allgemeine Versicherungs-Aktien-Gesellschaft, die ebenfalls Hypothekengläubigerin ist, an dem bisherigen Verfahren aber nicht beteiligt war, von sich aus — unter gleichzeitiger Unterstützung des von der Industriebank gestellten Antrags — gem. § 10 REHG. eine Feststellung beantragt, daß das Anwesen kein Erbhof sei. Nachdem sich alsdann der LBF auf Grund der angestellten Ermittlungen in einer ausführlichen Stellungnahme dahin ausgesprochen hatte, daß die Ehefrau L. ohne Zweifel zur Zeit des Inkrafttretens des REG wirtschaftsfähig gewesen und es auch heute sei, und daß demnach ihr Hof Erbhof geworden sei, hat die BeschwF., Bank für deutsche Industrie-Obligationen, mit dem am 12. Juni 1937 eingegangenen Schriftsatz ihre sofortige Beschwerde gegen den Beschluß des AEG zurückgenom-

men. Auf die Mitteilung hiervon und die abschriftliche übermittlung der gutachtlichen Stellungnahme des LWF sowie die Anfrage, ob der Antrag v. 6. Jan. 1937 als selbständige Beschwerde gegen den Beschluß v. 30. Okt. 1935 aufrechterhalten oder als durch die Zurücknahme der sofortigen Beschwerde seitens der Industriebank erledigt angesehen werden solle, hat die „National" Allgemeine Versicherungs-A.G. erwidert, daß sie sich der Beschwerde angeschlossen habe und nicht gewillt sei, den Antrag zurückzunehmen, vielmehr auf eine Entsch. des EHG Wert lege.

Das EHG. hat die Beschwerde der „National" Allgemeine Versicherungs-A.G. in Stettin als unzulässig verworfen. Das EHG hat sich auf den Standpunkt gestellt, daß die „National" Allgemeine Versicherungs-A.G. durch ihre Anschlußerklärung keine selbständige Stellung als BeschwF. gewonnen habe, da sie nicht zu einer Zeit, zu der die Beschwerdefrist noch nicht für alle an dem Verfahren Beteiligten abgelaufen gewesen sei, gem. § 55 Abs. 2 EHVfO sofortige Beschwerde eingelegt habe, daß aber dem Beschwerdeverfahren beim EHG durch die Zurücknahme der allein von der Industriebank eingelegten sofortigen Beschwerde die Grundlage entzogen worden und deshalb eine sachliche Entsch. durch das BeschwG. nicht mehr zulässig sei.

Die sofortige weitere Beschwerde ist auf Grund gegebenen Beschwerderechts in gehöriger Form und innerhalb der vorgeschriebenen Frist von zwei Wochen eingelegt worden (§ 49 Abs. 1 REG; §§ 11, 14, 24 EHVfO; §§ 16, 20, 22 FFG.). Dem hiernach zulässigen Rechtsmittel der Gläubigerin war der Erfolg nicht zu versagen, da der angef. Beschluß auf einer rechtsirrtümlichen Auslegung des § 55 EHVfO beruht.

Schon vor Erlaß der EHVfO v. 21. Dez. 1936 hat das REHG in zahlreichen Entsch. dargelegt, daß auch ein im ersten Rechtszuge an einem Feststellungsverfahren gem. §§ 10, 18 REG nicht beteiligter Antragsberechtigter i. S. des § 61 DVI z. REG (jetzt § 54 EHVfO) gegen die Feststellungsentsch. sofortige Beschwerde einlegen oder sich „dem Verfahren mit der Beschwerde anschließen könne"; in ständiger Rspr. ist ein derartiger Anschluß eines bisher nicht Beteiligten an das Verfahren durch Einlegung der sofortigen (sofortigen weiteren) Beschwerde nur dann für unzulässig erklärt worden, sofern das Feststellungsverfahren hinsichtlich der Beteiligten, die an ihm tatsächlich teilgenommen haben, formell rechtskräftig abgeschlossen gewesen ist (vgl. u. a. REHG 2, 51 = JW. 1935, 3542[13]; REHG 2, 88 = JW. 1936, 1064[18]; REHG 2, 95 = JW. 1936, 1056[12]; REHG 2, 276 = JW. 1936, 2327[24]; REHG 3, 242 = JW. 1936, 3557[25]; ferner Beschluß des 1. Sen. v. 12. Juni 1936, 1 RB 2018/35). Auf die hierfür maßgeblichen Gründe kann, ohne sie nochmals im einzelnen zu wiederholen, Bezug genommen werden. Im Anschluß an diese auf praktischen Bedürfnissen beruhende Rspr. ist die Bestimmung des § 55 EHVfO erlassen worden. Nach Abs. 1 dieser Vorschrift kann sich jeder, der nach § 54 EHVfO antragsberechtigt ist, dem „anhängigen Verfahren anschließen, indem er in dem Rechtszuge, in dem das Verfahren schwebt, eine entsprechende Erklärung abgibt". Unter der „entsprechenden Erklärung" ist eine Erklärung dahingehend zu verstehen, daß der Betreffende auf Grund seines Antragsrechts nunmehr ebenfalls eine Feststellungsentsch. beantragt. Der „Anschluß an das Verfahren" bedeutet, daß er dem Verfahren in der Lage, in der es sich im Augenblick der Anschlußerklärung befindet, als Antragsteller beitritt. Daß vorliegend eine derartige rechtswirksame Anschlußerklärung von der BeschwF. abgegeben worden ist, kann keinem Zweifel unterliegen. Das Feststellungsverfahren nach § 10 REG war auf Grund der form- und fristgerecht eingelegten sofortigen Beschwerde der antrags- und beschwerdeberechtigten Bank für deutsche Industrie-Obligationen in dem zweiten Rechtszuge anhängig. Die ebenfalls ohne Frage nach § 54 EHVfO antragsberechtigte Gläubigerin „National" Allgemeine Versicherungs-A.G. hat in ihren Schriftsätzen hinreichend deutlich die nach § 55 Abs. 1 EHVfO verlangte Erklärung abgegeben; bereits mit Schriftsatz v. 6. Jan. 1937 hatte sie unter Unterstützung des von der Industriebank betriebenen Verfahrens ausdrücklich von sich aus die der anerbengerichtlichen Entsch. entgegengesetzte Feststellung nach § 10 REG beantragt. Mit dieser Erklärung hatte sie aber unabhängig von dem späteren Schicksal des von der BeschwF. (Industriebank) eingelegten Rechtsmittels einen selbständigen verfahrensrechtlichen Anspruch auf eine Sachentsch. des BeschwG. über ihren Feststellungsantrag erworben. Es fehlt an jedem Anhalt dafür, daß in § 55 Absatz 1 EHVfO die Zulässigkeit oder weitere Wirksamkeit einer Anschlußerklärung von der Aufrechterhaltung des Rechtsmittels eines anderen Beteiligten, auf Grund dessen das Verfahren in den betreffenden Rechtszug gediehen ist, abhängig gemacht werden sollte. Insbes. kann aus § 55 Absatz 2 EHVfO eine solche Annahme nicht hergeleitet werden. Diese Vorschrift bestätigt lediglich die bisherige, zuvor dargelegte Rspr., insbes. des REHG, daß, solange das Feststellungsverfahren mangels Ablaufs der Beschwerdefrist gegenüber den daran Beteiligten noch keinen formell-rechtskräftigen Abschluß gefunden hat, auch ein bisher am Verfahren nicht beteiligter Antragsberechtigter die Sache von sich aus durch Einlegung eines Rechtsmittels in den höheren Rechtszug bringen kann, unter Umständen also auch gegen den Willen aller bisher am Verfahren Beteiligter, daß mithin der Anschluß in der Form der Beschwerdeeinlegung vollzogen werden kann. Damit sollte aber nicht zum Ausdruck gebracht werden, daß derjenige, dessen Anschluß sich einmal in der Form des § 55 Absatz 1 EHVfO rechtswirksam vollzogen hat, geringere Rechte als derjenige, der seinen Anschluß durch Beschwerdeeinlegung vollzogen hat, haben sollte. Für eine solche Unterscheidung fehlt es an einer Grundlage. § 55 Abs. 2 EHVfO hat hauptsächlich nur Bedeutung für Fälle, in denen von den an dem bisherigen Feststellungsverfahren Beteiligten kein Rechtsmittel eingelegt wird, da in diesen Fällen die Einlegung der Beschwerde (weitere Beschwerde) auch die einzige Möglichkeit eines Anschlusses an das noch nicht formell rechtskräftig abgeschlossene Verfahren darstellt; denn durch die im ersten oder zweiten Rechtszuge erlassene Feststellungsentsch. ist einerseits die betreffende Instanz abgeschlossen, so daß ein „Anschluß" an das Verfahren in diesem Rechtszuge nicht mehr möglich wäre; andererseits ist mangels Einlegung eines Rechtsmittels durch die bisher an dem Verfahren Beteiligten auch für einen „Anschluß" an das Verfahren in dem höheren Rechtszuge noch kein Raum. Hat nun aber, wie dargelegt, auch derjenige, der sich nach § 55 Abs. 1 EHVfO rechtswirksam dem Verfahren angeschlossen hat, einen selbständigen verfahrensrechtlichen Anspruch auf eine Sachentsch. in gleicher Weise, als ob er selbst das Rechtsmittel eingelegt hätte, so kann seine prozessuale Lage nicht dadurch berührt werden, daß das Rechtsmittel, das seinerzeit den höheren Rechtszug eröffnet hat, zurückgenommen wird. Nur diese Auslegung entspricht auch dem Zweck des § 55 EHVfO, eine unnötige Wiederholung und Häufung von Feststellungsverfahren zu vermeiden und die Frage der Erbhofeigenschaft oder Bauernfähigkeit eines Hofeigentümers möglichst in einem einheitlichen Verfahren zur Entsch. zu bringen. Bei der vom EHG vertretenen Auffassung bliebe der BeschwF. nichts anderes übrig, als nunmehr beim AEG einen erneuten Feststellungsantrag zu stellen, obwohl die Sache durch die umfangreichen Ermittlungen im Beschwerderechtszuge vermutlich auch für eine Entsch. durch das BeschwG. reif ist und die Gläubigerin durch ihren Anschluß an das Verfahren im zweiten Rechtszuge zu erkennen gegeben hat, daß sie von sich aus auf eine Instanz zu verzichten bereit ist; gerade dieses Ergebnis will die Bestimmung des § 55 Abs. 1 EHVfO vermeiden. Zu Unrecht beruft sich das EHG für seinen Standpunkt auf eine Entsch. des 2. Senats, in der eine „Anschlußbeschwerde" für unzulässig erklärt worden ist (Beschluß vom 6. Febr. 1936, 2 RB 687/35: Rspr. in Erbhofsachen § 48 Nr. 37 S. 87 ff.). Die Frage der Zulässigkeit einer „Anschlußbeschwerde" taucht nur auf sofern ein am Verfahren bisher Beteiligter eine ihm zugestellte Entsch. hat formell rechtskräftig werden lassen und nun mit Rücksicht auf die Einlegung eines Rechtsmittels durch einen anderen Beteiligten ebenfalls ein Rechtsmittel einlegen will (vgl. § 522 ZPO.). Auf den Unterschied zwischen der eigentlichen „Anschlußbeschwerde" eines Beteiligten und dem „Verfahrensanschluß eines bisher nicht beteiligten Antragsberechtigten" ist übrigens schon von Klässel in der Anmerkung zu der angeführten Entsch. des 2. Senats (Rspr. in Erbhofsachen a. a. O. S. 94) ausdrücklich hingewiesen worden.

Die vorstehend begründete Auslegung des § 55 Abs. 1 EHVfO entspricht auch dem im Schrifttum vertretenen Standpunkt (vgl. insbes. Bergmann, Anm. zu dem angef. Beschluß des EHG in Rostock in Rspr. in Erbhofsachen, § 55 EHVfO Nr. 1, auf dessen zutreffende Ausführungen verwiesen wird; ferner Hopp, § 55 EHVfO Anm. 2 am Ende). Auch der 2. Senat des REHG hat sich bereits in dem Beschluß v. 27. Mai 1937, 2 RB 561/36, dahin ausgesprochen, daß über die Anschlußerklärung auch dann selbständig entschieden werden müsse, wenn der erste Beteiligte zulässigerweise seine Beschwerde zurückgenommen habe.

(REHG., 1. Sen., Beschl. v. 14. Juni 1938, 1 RB 45/38.)

〈= REHG 5, 252.〉

Reichsfinanzhof

[× Wird in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsfinanzhofs abgedruckt]

× **29. § 2 Abs. 2 EinkStG. 1934. Einfluß der Eröffnung des Konkursverfahrens auf die einkommensteuerliche Behandlung des Gemeinschuldners.** †)

Der Pflichtige war Einzelkaufmann. Am 14. Mai 1934 ist über sein Vermögen das Konkursverfahren eröffnet worden. Der Betrieb des Pflichtigen ist von der Konkursverwaltung weitergeführt worden. Diese hat im streitigen Kalenderjahr einen Gewinn von 142 906,28 *RM* erzielt, während der Pflichtige als Reisevertreter einen Einnahmeüberschuß von 8167 *RM* gehabt hat. Das FinA. hat diese beiden Beträge zusammengerechnet und von dem sich hiernach ergebenden Einkommen eine Einkommensteuer von 60 000 *RM* gefordert. Der Steuerbescheid ist dem Pflichtigen und dem Konkursverwalter zugestellt.

In der Sprungberufung hat der Konkursverwalter beantragt, den von der Konkursverwaltung erzielten Gewinn bei der Einkommensbesteuerung des Gemeinschuldners unberücksichtigt zu lassen und der Körperschaftsteuer zu unterwerfen. Das FinGer. ist seiner Auffassung gefolgt. In der RBeschw. beantragt der Vorsteher des FinA., den Steuerbescheid wiederherzustellen oder die Einkünfte des Pflichtigen und der Konkursmasse getrennt zur Einkommensteuer heranzuziehen.

Die RBeschw. ist grundsätzlich begründet.

Mit der Eröffnung des Konkursverfahrens verliert der Gemeinschuldner die Befugnis, sein zur Konkursmasse gehöriges Vermögen zu verwalten und über dasselbe zu verfügen. Das Verwaltungs- und Verfügungsrecht wird durch den Konkursverwalter ausgeübt. Der Verlust der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis läßt aber die Eigentums- und Gläubigerrechte des Gemeinschuldners an den zur Konkursmasse gehörigen Gegenständen unberührt, ebenso wie der Gemeinschuldner auch der eigentliche Schuldner gegenüber den Massegläubigern bleibt. Nach den Ausführungen des RG. gelangen die zur Konkursmasse gehörigen Gegenstände nicht etwa in das Eigentum des Konkursverwalters, der nur ein gesetzliches Amt verwaltet, oder der Konkursmasse, die keine juristische Person darstellt, oder einer bestimmten Gläubigergruppe, sondern sie sind, bleiben und werden nach wie vor Bestandteile des im Konkurs befangenen Vermögens des Gemeinschuldners (RGZ. 55, 352). Hieraus folgt einmal, daß die Konkursmasse nicht etwa ein besonderes Rechtssubjekt mit einem besonderen Vermögen darstellt, das aus dem Vermögen des Gemeinschuldners ausgeschieden ist. Hieraus folgt ferner, daß die Rechtsfolgen aus den von dem Konkursverwalter innerhalb der Massenverwaltung vorgenommenen Rechtshandlungen nicht sein Vermögen, sondern die Konkursmasse und damit das Vermögen des Gemeinschuldners treffen, der durch die Handlungen des Konkursverwalters unmittelbar berechtigt und verpflichtet ist (RGZ. 80, 418).

Wendet man diese Grundsätze des bürgerlichen Rechts auf das Steuerrecht an, so ist die von dem Konkursverwalter und dem FinGer. vertretene Auffassung, daß die Konkursmasse ein selbständiges Steuersubjekt darstelle, und der von ihr erzielte Gewinn der Körperschaftsteuer unterliege, rechtsirrig. Auch die Erläuterungsbücher zum KörpStG. verneinen die Annahme der Konkursmasse als eines körperschaftsteuerpflichtigen Zweckvermögens (Evers, 2. Aufl., S. 312, Kennerknecht, S. 132, Bender, S. 106), wobei sich Evers darauf beruft, daß bei den Erträgen der Konkursmasse unmittelbare Einkommensträger vorhanden und deren Steuerpflicht begründet sei.

Der erk. Sen. hat es bisher dahingestellt sein lassen, ob die Konkursmasse als selbständiges, gegebenenfalls der Körperschaftsteuer unterliegendes Zweckvermögen anzusehen sei. Er hat aber angenommen, daß von der Eröffnung des Konkursverfahrens an der Gemeinschuldner und die Konkursmasse steuerlich verschiedene Rechtssubjekte seien. Die Eröffnung des Konkursverfahrens beende den laufenden Steuerabschnitt. Eine Verrechnung der positiven oder negativen Einkünfte aus der Verwaltung der Konkursmasse mit den von dem Gemeinschuldner außerhalb des Konkurses erzielten Einkünften könne nicht erfolgen. Mit der Eröffnung des Konkursverfahrens trete also steuerlich eine Spaltung in der Weise ein, daß gegen den Gemeinschuldner Steueransprüche nur wegen der Einkünfte erhoben werden könnten, die ihm außerhalb der Konkursmasse zuflössen. Soweit dagegen aus der Verwaltung und Verwertung der Konkursmasse eine Steuerpflicht entstehe, belaste der Steueranspruch ausschließlich die vom konkursfreien Vermögen streng getrennte Konkursmasse als Sondervermögen. An die Stelle des Gemeinschuldners trete als für die Erfüllung dieses Steueranspruchs verantwortliche Person der Konkursverwalter (Entsch. des RFH. v. 8. Febr. 1928, VI A 71/27: RFH. 23, 70 = StW. 1928 Nr. 178; Entsch. v. 17. Dez. 1930, VI A 820/29: RFH. 27, 335 = RStBl. 1931, 197 = StW. 1931 Nr. 172; Entsch. v. 19. Dez. 1931, VI A 858/31; StW. 1932 Nr. 269; Entsch. v. 28. Juni 1932, VI A 558/32: StW. 1932 Nr. 999).

Der Senat glaubt an dieser durch das bürgerliche Recht nicht bedingten, überwiegend wohl aus Gründen der Vereinfachung des steuerlichen Verfahrens gebilligten Trennung des Gemeinschuldners und der Konkursmasse in zwei verschiedene Steuersubjekte nicht mehr festhalten zu können. Wenn auch der Gemeinschuldner mit der Eröffnung des Konkursverfahrens das Verwaltungs- und Verfügungsrecht an den zur Konkursmasse gehörenden Gegenständen verliert, so bleibt er doch durch die Handlungen des Konkursverwalters auch steuerlich berechtigt und verpflichtet, mag man nun den Konkursverwalter als Treuhänder oder Stellvertreter des Gemeinschuldners auffassen. Träger der Einkünfte bleibt der Gemeinschuldner, dem die Masse gehört. Gegenüber dem Einwand des Konkursverwalters und des FinGer., das Einkommen, das die Konkursverwaltung bei der Verwaltung der Konkursmasse erziele, fließe wirtschaftlich nicht dem Gemeinschuldner, sondern seinen Gläubigern zu, der Gemeinschuldner könne deshalb nicht verpflichtet werden, dieses Einkommen zu versteuern, gibt zunächst das FinGer. selbst zu, daß das Einkommen allerdings auch zur Verringerung der Schulden des Gemeinschuldners dient, diesem also jedenfalls mittelbar zufließt. Abgesehen hiervon liegt der Fall hier nicht anders, als wenn der Gläubiger eines Beamten oder Angestellten dessen Gehaltsforderung, soweit sie pfändbar ist, pfändet und sich an Zahlungs Statt überweisen läßt. Auch hier fließt der gepfändete Betrag dem Beamten oder Angestellten nicht zu, wenn dieser auch in entsprechender Höhe von einer Schuld befreit wird. Dagegen ist der Vorgang wirtschaftlich und steuerlich so aufzufassen, als wenn der Beamte oder Angestellte das Gehalt erhalten und an seinen Gläubiger weitergegeben hätte. Ebenso handelt es sich wirtschaftlich und steuerlich um Verwendung von Einkommen, wenn jemand seine Forderung auf Gehalt, Zinsen, Mieten usw. unentgeltlich abtritt. In all diesen Fällen muß der Pflichtige einen Betrag, den er tatsächlich nicht erhält, versteuern. Somit wird durch die Eröffnung des Konkursverfahrens in der steuerlichen Stellung des Gemeinschuldners nichts geändert. Insbes. beendet die Eröffnung des Konkursverfahrens nicht das Wirtschaftsjahr i. S. des § 5 Abs. 2 der 1. DurchfVO. zum EinkStG., da der Betrieb des Gemeinschuldners weder aufgegeben noch veräußert wird. Von einer Aufgabe des Betriebs kann keine Rede sein, weil er als wirtschaftliche Einheit, so wie er schon vorher bestanden hat, bleibt. Ebensowenig liegt eine Veräußerung des Betriebs durch den Gemeinschuldner vor; denn dieser bleibt nach wie vor Eigentümer des Betriebs. Übrigens wird auch für die Zwecke der Gewerbesteuer das Weiterbestehen eines Gewerbebetriebs durch die Eröffnung des Konkursverfahrens nicht berührt (§ 4 Abs. 2 der 1. DurchfVO. zum GewStG.). Es ist auch kein Grund für die nach der bisherigen RSpr. verschiedene steuerliche Behandlung gegeben, je nachdem ob im Laufe eines Geschäftsjahres über das Vermögen des Pflichtigen das Konkursverfahren eröffnet wird oder nicht. Macht ein Pflichtiger seine in der ersten Hälfte des Geschäftsjahres erlittenen Verluste durch Überschüsse in der zweiten Hälfte wieder wett, so gleichen sich steuerlich die Verluste und die Überschüsse aus. Wird dagegen im Laufe eines Geschäftsjahres das Konkursverfahren eröffnet, so konnten steuerlich die etwa in der zweiten Hälfte des Geschäftsjahres erzielten Überschüsse nicht durch die in dem Geschäftsjahr vor der Eröffnung des Konkursverfahrens entstandenen Verluste ausgeglichen werden. Dies widerspricht dem Grundsatz der Gleichmäßigkeit der Besteuerung, abgesehen davon, daß es nicht Zweck der Steuergesetze ist, die durch die Eröffnung des Konkursverfahrens bezweckte Befriedigung der Gläubiger des Pflichtigen zu verzögern oder zu vereiteln.

Hiernach geht das FinA. mit Recht davon aus, daß die von dem Pflichtigen außerhalb des Konkurses bezogenen und die von der Konkursverwaltung bei der Verwaltung der Konkursmasse erzielten Einkünfte zusammenzurechnen und der Einkommensteuerveranlagung des Pflichtigen zugrunde zu legen sind. Das FinA. wird aber auf Grund der vorstehenden Ausführungen noch zu prüfen haben, ob es bei der Gewinnberechnung für 1936 von richtigen Voraussetzungen ausgegangen ist. Da die Eröffnung des Konkursverfahrens das Wirtschaftsjahr nicht beendet, müssen die von dem Pflichtigen zuletzt am 31. Dez. 1933 eingereichten Bilanzen steuerlich fortgeführt werden, wobei die Bilanzwerte in den Handelsbilanzen des Konkursverwalters für die Steuerbilanzen nicht ohne weiteres bindend sind. Hiernach werden die noch nicht rechtskräftigen Veranlagungen für die Kalenderjahre 1934, 1935 und 1936 nachzuprüfen sein. Sollten sich wiederum Gewinne ergeben, wird es sich empfehlen, die Einkommensteuer, insoweit sie nicht die von dem Pflichtigen außerhalb des Konkurses erzielten Einkünfte betrifft, als Massekosten gegenüber der Konkursmasse

geltend zu machen. Das FinA. wird deshalb dem Konkursverwalter in entsprechender Anwendung der §§ 103 ff., 118 RAbgO. ein Leistungsgebot in entsprechender Höhe zuzustellen haben (vgl. hierzu auch das Gutachten des GrSen. v. 12. Sept. 1936, GrS D 6/36: RFH. 40, 28 ff. [35]; RStBl. 1936, 952; StW. 1936 Nr. 489).

(RFH., 6. Sen., Urt. v. 22. Juni 1938, VI 687/37.)

*

× **30. § 2 Nr. 2, §§ 5, 6 KörpStG. 1925; § 1 Abs. 1 Ziff. 5, § 3 KörpStG. 1934. Eine Konkursmasse ist kein körperschaftsteuerpflichtiges Zweckvermögen.** †)

Über das Vermögen des Gastwirts J. ist am 24. Sept. 1931 das Konkursverfahren eröffnet worden. Da außer dem Gebäude Masse nicht vorhanden und eine Verwertung des auf fremdem Grund und Boden stehenden Gebäudes nicht möglich war, entschlossen sich die Gläubiger, das Geschäft weiterzuführen, um durch die zu erzielenden Überschüsse zu ihrem Geld zu kommen. Durch diese Weiterführung des Geschäfts sind Jahr für Jahr Überschüsse erzielt worden. Mit diesen Beträgen hat das FinA. die Konkursmasse zur Körperschaftsteuer für die Jahre 1932 bis 1936 herangezogen, wobei es die Konkursmasse als körperschaftsteuerpflichtiges Zweckvermögen ansah.

Das FinGer. hat die Vorentscheidung aufgehoben und die Konkursmasse nicht als körperschaftsteuerpflichtig betrachtet. Die RBeschw. des FinA. ist unbegründet.

Es kann dahingestellt bleiben, ob die Konkursmasse ein Zweckvermögen i. S. des Körperschaftsteuerrechts darstellt. Selbst bei Bejahung dieser Frage ist eine Steuerpflicht nicht gegeben. Nach § 6 KörpStG. 1925 und § 3 KörpStG. 1934 sind nichtrechtsfähige Zweckvermögen nur dann körperschaftsteuerpflichtig, wenn ihr Einkommen weder nach dem KörpStG. noch nach dem EinkStG. unmittelbar bei einem anderen StPfl. zu versteuern ist. Der Einkommensteuersenat des RFH. hat in der zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung bestimmten Entsch. vom 22. Juni 1938, VI 687/37 ausgesprochen, daß die aus einer Konkursmasse erzielten Einkünfte steuerpflichtige Einkünfte des Gemeinschuldners bilden. Dieser Auffassung und ihrer Begründung, auf die verwiesen wird, schließt sich der erk. Sen. an. Damit steht fest, daß das Einkommen einer Konkursmasse nach dem EinkStG. (oder KörpStG.) unmittelbar bei einem anderen StPfl., dem Gemeinschuldner, zu versteuern ist. Ob der Gemeinschuldner hierfür tatsächlich Einkommensteuer entrichtet oder ob er etwa wegen anderweitiger Verluste oder wegen der Abzugsfähigkeit eines Verlustvortrags von der Einkommensteuer ganz oder teilweise freigestellt wird, ist ohne Einfluß und braucht daher im Einzelfall nicht untersucht zu werden (vgl. RFH. 19, 281, 282). Die Körperschaftsteuerpflicht einer Konkursmasse muß hiernach mangels der Voraussetzungen des § 6 KörpStG. 1925, § 3 KörpStG. 1934 verneint werden.

(RFH., 1. Sen., Urt. v. 13. Juli 1938, I 89/38.)

Anmerkung zu 29 und 30: 1. Die für die Einkommens- bzw. Körperschaftsbesteuerung maßgebenden Senate des RFH. haben ihre bisherige Rspr. hinsichtlich der einkommensteuerlichen Behandlung des Gemeinschuldners grundlegend geändert. Beide Urteile sind von großer Bedeutung für die Konkursverwaltung. Nach der bisherigen Rspr. wurde die Konkursmasse als steuerlich selbständig insofern behandelt, als sie insbes. zur Einkommensteuer und Umsatzsteuer herangezogen wurde.

2. Der RFH. kehrt von der bisherigen mehr wirtschaftlichen Betrachtungsweise zurück zu der ursprünglichen bürgerlich-rechtlichen Auffassung, wonach die Konkursmasse nicht selbst zum Träger der Einkünfte bzw. zum Träger von Verlusten wird.

3. Da auch der Konkursverwalter verpflichtet ist, Steuererklärungen abzugeben (an dieser Verpflichtung ist durch den Wechsel der Rechtsprechung nichts geändert worden), werden die Steuerbehörden in Zukunft bei Ermittlung der Einkommensteuer des Gemeinschuldners (einschließlich der Einkünfte der Konkursmasse) die Steuerbescheide sowohl dem Konkursschuldner als dem Konkursverwalter zuzustellen haben. Es ist dann Sache des Konkursschuldners und des Konkursverwalters, untereinander die Steuerschuld in diejenigen Beträge aufzuteilen, die auf das außerkonkursliche Einkommen des Gemeinschuldners und auf das Einkommen der Konkursmasse entfallen.

4. Der Konkursverwalter hat bei Eröffnung des Verfahrens eine Konkursbilanz aufzustellen. Diese Konkursbilanz weicht in der Regel von den bisherigen Handelsbilanzen des Gemeinschuldners erheblich ab. Das beschleunigte Verwertungstempo des Konkurses und die Notwendigkeit der möglichst umgehenden Liquidierung des Unternehmens erfordern eine Bewertung unter anderen Gesichtspunkten als sie bisher von dem Gemeinschuldner beachtet wurden. Durch diese anderweitige Bewertung im Konkurse dürfen die steuerlichen Bewertungsgrundsätze naturgemäß nicht verletzt werden, insbes. darf der Grundsatz des Bilanzenzusammenhangs nicht außer Acht gelassen werden. Mithin ergibt sich für den Konkursverwalter die Notwendigkeit, neben der Konkursbilanz eine besondere Steuerbilanz aufzustellen, in welcher die bisherigen Steuerbilanzwerte des Gemeinschuldners fortzuführen sind. Soweit Gegenstände unter den Steuerbilanzwerten von dem Konkursverwalter verwertet werden, wirkt sich die Differenz zwischen dem Steuerbilanzwert und dem Erlös naturgemäß auch in der Steuerbilanz als Verlust aus.

5. Der Körperschaftsteuersenat ist der Rspr. des Einkommensteuersenats uneingeschränkt gefolgt. Hiernach ist also festzuhalten, daß eine besondere steuerliche Erfassung der Konkursmasse nicht stattfindet, sondern daß durch die Eröffnung des Konkursverfahrens die laufenden Steuerabschnitte nicht beendet werden, daß also die Steuern, wie bisher, ohne Rücksicht auf die Eröffnung des Konkurses veranlagt werden. Die Änderung der Rspr. ist offenbar darauf zurückzuführen, daß hinsichtlich der Gewerbesteuer kraft Gesetzes bestimmt worden ist, daß der Gewerbebetrieb trotz Eröffnung des Konkurses weiter besteht. Es wäre für die Praxis unerträglich gewesen, wenn für die Einkommensteuer bzw. Körperschaftsteuer der laufende Steuerabschnitt mit der Eröffnung des Konkursverfahrens als beendet angesehen worden wäre und wenn für die Gewerbesteuer andere steuerliche Ermittlungsgrundsätze anzuwenden gewesen wären.

Dr. Dr. Megow, Berlin, RA. und Notar, Fachanwalt für Steuerrecht.

*

× **31. § 2 Ziff. 1 KörpStG. 1934; § 49 Ziff. 2 EinkStG. 1934. Zur Ermittlung der inländischen Einkünfte beschränkt steuerpflichtiger Körperschaften, die im Inland lediglich Verkaufstätigkeit betreiben.** †)

Die BeschwF., eine Aktiengesellschaft englischen Rechts, stellt Tuche in England her und setzt sie in den verschiedensten Ländern ab. In Deutschland unterhält sie eine Betriebsstätte bei der Firma K. Von hier aus wird neben dem Verkauf nach Deutschland auch der nach der Tschechoslowakei, Dänemark, Schweden und Norwegen getätigt.

Die Vorbehörden haben als steuerpflichtiges Inlandseinkommen für das Jahr 1935 den vollen Unterschied zwischen den erzielten Verkaufspreisen und den der Höhe nach nicht bestrittenen Selbstkosten der durch die deutsche Niederlassung abgesetzten Waren (= 11 616 *RM*) angesehen. Sie haben es abgelehnt, einen Teil dieses Unterschiedes als sog. Fabrikationsgewinn auszusondern, wie das vom FinA. für das vorausgegangene Jahr (1934) mit der Hälfte des anteiligen Gesamtreingewinns zugelassen war. Die Sprungberufung, mit der die BeschwF. die Absetzung des gleichen Anteils auch für 1935 erstrebte, war erfolglos. Mit der RBeschw. wiederholt die BeschwF. ihren früheren Antrag, nur mit der Hälfte des Gewinns herangezogen zu werden, weil der durch den Verkauf erzielte Gewinn nicht nur auf die Absatztätigkeit in Deutschland, sondern auch auf die Fabrikation in England und die Verkaufstätigkeit in den anderen außerdeutschen Ländern zurückzuführen sei. Hilfsweise beantragte die BeschwF., die Steuer mit einem Pauschbetrag nach § 50 Abs. 5 EinkStG. festzusetzen.

Die RBeschw. ist begründet.

Die BeschwF. ist eine ausländische Körperschaft, die weder ihre Geschäftsleitung noch ihren Sitz im Inland hat, aber eine gewerbliche Betriebsstätte im Inland unterhält. Sie ist daher mit ihren inländischen Einkünften steuerpflichtig (§ 2 Ziff. 1 KörpStG., § 49 Ziff. 2 EinkStG.). Der Streit geht um die Frage, wie die inländischen Einkünfte zu berechnen sind. Da es sich um Einkünfte aus Gewerbebetrieb handelt, ist nach § 2 Abs. 4 Ziff. 1 EinkStG. der im Steuerjahr im Inland erzielte Gewinn körperschaftsteuerpflichtig. Der Gesetzgeber geht grundsätzlich davon aus, daß bei beschränkt Steuerpflichtigen die auf das Inland entfallenden Einkünfte i. S. des § 49 EinkStG., also auch der Gewinn aus einer im Inland unterhaltenen Betriebsstätte, gesondert berechnet werden. Dies ergibt sich vor allem aus § 50 Abs. 5 EinkStG., wonach die FinA. einen Pauschbetrag festsetzen können, wenn eine „gesonderte Berechnung der Einkünfte" besonders schwierig ist. Bereits die Feststellung des Gesamtgewinnes des Unternehmens, aus dem der Gewinn der inländischen Betriebsstätte entnommen werden soll, wird mit Schwierigkeiten verknüpft sein, wenn er zum Vergleich mit dem nach inländischen Grundsätzen festzustellenden Gewinn der Betriebsstätte geeignet sein soll. Zahlreiche Posten müssen geschätzt werden. Daher wird ein gerechter Maßstab zu suchen sein, nach dem der Gewinn auf die inländische und die ausländischen

Betriebsstätten verteilt wird. Ein solcher Maßstab ist weder im Gesetz noch in den DurchfVO. oder in Verwaltungsanweisungen enthalten. In den Veranlagungsrichtlinien 1934 ist unter F 5 Abs. 4 (RStBl. 1935, 402) lediglich darauf hingewiesen, daß bei Zweigniederlassungen beschränkt StPfl. der Gewinn auch so ermittelt werden kann, daß der Gesamtgewinn nach Maßgabe der Umsatzgrößen zwischen Zweigniederlassung und Gesamtbetrieb aufgeteilt wird. Im Schrifttum und in der Praxis sind noch andere Aufteilungsmaßstäbe für anwendbar erklärt worden, so die Zahl der Beschäftigten, die gezahlten Arbeitslöhne, die Zahl der für die Betriebsart eigentümlichen Arbeitsmaschinen, die Höhe des anteiligen Betriebsvermögens. Auch ist auf eine entsprechende Anwendung der Vorschriften des FinAusglG. und des GewStG. über die Aufteilung des Steueraufkommens oder der Steuermeßbeträge auf mehrere Länder oder Gemeinden hingewiesen worden, in denen Betriebsstätten unterhalten werden. Diese Maßstäbe sind brauchbar, wenn der inländische Betrieb ähnlich wie der Gesamtbetrieb aufgebaut ist, also wenn es sich bei der inländischen und ausländischen Betriebsstätte z. B. nur um Herstellungsstätten oder nur um Vertriebsstätten handelt. Sie sind aber ungeeignet, wenn die inländische und die ausländische Betriebsstätte verschiedene Aufgaben haben, z. B. wenn es sich, wie im vorl. Falle, um einen ausländischen Fabrikationsbetrieb und einen inländischen Absatzbetrieb handelt. In derartigen Fällen können nicht die Einkünfte als Gewinn betrachtet werden, die rein äußerlich im Inland oder im Ausland anfallen oder gebucht werden, sondern der Gewinn, der durch die Tätigkeit der inländischen Betriebsstätte im Rahmen des gesamten Unternehmens erzielt worden ist. Der RFH. hat bereits gelegentlich der Entscheidung über die Frage, ob einer Betriebsstätte, die lediglich Ausgaben habe, ein Anteil am Gesamtgewinn zuzuteilen sei, es für unzulässig erklärt, die gesamten Einkünfte als inländische zu betrachten, wenn die inländische Betriebsstätte lediglich als Verkaufsstelle einer in einem anderen Staat belegenen Erzeugungsstätte die gesamten Einkünfte zunächst erlöst (RFH. 38, 305). Der Gewinn eines Unternehmens ist auf das Zusammenwirken aller Betriebsteile zurückzuführen. Der inländischen Betriebsstätte ist demnach der Teil des Gesamtgewinns zuzuweisen, der der Bedeutung ihrer Tätigkeit im Rahmen des Gesamterfolges entspricht. Die Anwendung dieses Grundsatzes kann im Einzelfall schwierig sein. Dies hat wohl auch den Gesetzgeber veranlaßt, das Pauschalierungsverfahren zuzulassen. Einen Anhalt für einen gerechten Verteilungsmaßstab kann der Gewinn gleicher oder gleichartiger inländischer selbständiger Unternehmen ähnlicher Größe bilden (vgl. § 34 EinkStG. 1925). Ein solcher Vergleich kann auch im Interesse der Gleichmäßigkeit der steuerlichen Belastung inländischer Betriebsstätten ausländischer Unternehmen gegenüber inländischen selbständigen derartigen Unternehmen zweckmäßig sein.

Da die Vorbehörden den Begriff des Gewinns der inländischen Betriebsstätte verkannt haben, war die Entscheidung aufzuheben.

Bei seiner neuerlichen Entscheidung hat das FinA., an das die Sache zurückverwiesen wird, die vorstehenden Ausführungen zu berücksichtigen. Wenn es zum Ergebnis kommt, daß der Erfolg im gleichen Maße der Herstellungs- wie der Vertriebstätigkeit zuzuschreiben ist, so wird es vom Gesamtgewinn die Hälfte als Einkünfte der inländischen Betriebsstätte betrachten können. Ist es dagegen der Auffassung, daß die Absatzseite oder die Herstellungsseite infolge besonderer Verhältnisse stärker zum Erfolg beigetragen hat, wird es den auf das Inland entfallenden Anteil entsprechend erhöhen oder ermäßigen müssen.

Nach Aufhebung der Vorentscheidungen wird das FinA. auch nochmals prüfen können, ob eine Pauschbesteuerung nach § 50 Abs. 5 EinkStG. am Platze ist. Der RFH. ist nicht in der Lage, zu dem Antrag der BeschwF. auf Festsetzung eines Pauschbetrages Stellung zu nehmen. § 50 Abs. 5 EinkStG. ist eine Kannvorschrift, deren Anwendung in das Ermessen der Finanzbehörden gelegt ist (vgl. § 297 RAbgO.).

(RFH., I. Sen., Urt. v. 13. Juli 1938, I 369/36.)

Anmerkung: Dieses hochinteressante Urteil bringt die mit Spannung erwartete Lösung eines für die steuerlichen Beziehungen Deutschlands zu dem Ausland außerordentlich wichtigen Problems, das in den letzten Jahren in Literatur und Praxis viel umstritten worden ist. Es handelt sich um die Frage, welcher Gewinn als im Inland erzielt hier — beim Fehlen eines Doppelbesteuerungsvertrages — besteuert werden darf, wenn ein ausländisches Unternehmen im Inland beschränkt steuerpflichtig ist, weil es im Inland eine Betriebsstätte hat, von der aus es seine im Ausland erzeugten Waren im Inland vertreibt. Ich verweise hierzu in erster Linie auf meine Anm. in JW. 1938, 405 f., weil ich dort die Materie bereits behandelt und dazu in einem Sinne Stellung genommen habe, der nunmehr in dem vorl. Urteil seine volle Bestätigung gefunden hat.

Die sog. Realisationstheorie ist damit endgültig und mit Recht zu Grabe getragen. Bemerkenswert ist, daß in letzter Zeit auch die Reichsfinanzverwaltung selbst schon in der Praxis erkennbar von der aus ihren eigenen Reihen gekommenen Idee abgerückt war, während z. B. Buchprüfungsberichte aus den Jahren 1935 oder 1936 teilweise noch geradezu phantastische Berechnungen des solchenfalls im Inland „erzielten" und zu versteuernden Gewinnes angestellt hatten. (So wollte z. B. der Prüfer in einem mir vorl. Fall von dem Inlandserlös der aus Übersee gekommenen Ware neben den inländischen Vertriebsspesen überhaupt nur die Seetransportkosten abziehen lassen!)

Zu beachten ist besonders, daß es sich in dem hier vom RFH. vorbeschiedenen Fall nicht um eine rechtlich selbständige sog. Zweigniederlassungsgesellschaft (i. S. des bekannten Shell-Urteils), sondern um eine rechtlich unselbständige Betriebsstätte (Verkaufsniederlage) einer ausländischen Aktiengesellschaft handelte. Das ist deshalb wichtig, weil hier — im Gegensatz zu dem Fall der rechtlich selbständigen inländischen Vertriebsgesellschaft — natürlich überhaupt kein Verkauf der Ware von der ausländischen Hauptniederlassung an ihre inländische Betriebsstätte erfolgt und deshalb die bloße buchmäßige Verrechnung zwischen den beiden Stellen in aller Regel für sich noch keine brauchbare Grundlage für eine Berechnung des im Inland erzielten Gewinnes abgeben kann. Deshalb wird hier der auf den Absatz nach dem Inland erzielte Gesamtreingewinn (aus Inland und Ausland) entsprechend der geschätzten Bedeutung der beiden Betriebssektoren auf Inland und Ausland ausgeteilt. Handelt es sich dagegen um eine rechtlich selbständige inländische Vertriebsgesellschaft eines ausländischen Konzerns und bezieht sie ihre Ware von diesem zu handelsüblichen Preisen (scheiden also Schiebungen aus), dann kommt das Verfahren der Ermittlung des Gesamtreingewinnes und seiner schätzungsweisen Austeilung auf Inland und Ausland nicht in Betracht, sondern ergibt sich der im Inland steuerbare Gewinn ohne weiteres aus der ordnungsmäßigen Buchführung der Inlandsgesellschaft und ihren etwaigen steuerlichen Korrekturen. Daß dies auch dem Standpunkt des RFH. entspricht, ergibt sich (trotzdem er in dem Urteil ausdrücklich von dem Fall der rechtlich selbständigen inländischen Vertriebsgesellschaft nicht spricht) aus folgenden Sätzen:

> „Einen Anhalt für einen gerechten Verteilungsmaßstab kann der Gewinn gleicher oder gleichartiger inländischer selbständiger Unternehmen ähnlicher Größe bilden (vgl. § 34 EinkStG. 1925). Ein solcher Vergleich kann auch im Interesse der Gleichmäßigkeit der steuerlichen Belastung inländischer Betriebsstätten ausländischer Unternehmen gegenüber inländischen selbständigen derartigen Unternehmen zweckmäßig sein."

Da nämlich selbständige inländische Unternehmen der gleichen Art und Größe die Ware in den erforderlichen Mengen auch nur zu handelsüblichen Preisen einkaufen können, so kann — zumal der RFH. ausdrücklich eine gleichmäßige Besteuerung der inländischen Betriebsstätten ausländischer Unternehmen und der inländischen selbständigen Unternehmen für geboten erklärt — bei den inländischen Konzernbetriebsgesellschaften steuerlich nicht ein Einkauf ihrer Ware zu einem niedrigeren als dem handelsüblichen Preis unterstellt werden, um so steuerlich den im Inland erzielten Gewinn zu vergrößern. Anderenfalls käme es ja gerade zu jener Ungleichmäßigkeit in der Besteuerung, die der RFH. mit Recht verhindern will.

Das Urteil ist in seiner Freihaltung von jeder fiskalisch bedingten Einseitigkeit geradezu vorbildlich. Das ist besonders deshalb wichtig, weil es sich hier um die Regelung von Beziehungen zum Auslande handelt, mit dem wir Handel treiben wollen. Aber auch rein auf das Inland beschränkte Probleme des Steuerrechtes sollten stets in solchem Geiste gelöst werden, der die unerläßliche Grundlage für eine einwandfreie Steuermoral der Pflichtigen bildet.

RA. Dr. Fürnrohr, München.

*

× 32. § 4 Abs. 1 Ziff. 6 KörpStG.; § 17 Abs. 1 und 2 StAnpG.; § 10 Abs. 1 Ziff. 3 b der 1. KörpStDurchfVO. Dem Erfordernis der Ausschließlichkeit nach § 10 Abs. 1 Ziff. 3 b der 1. KörpStDurchfVO. (satzungsmäßige Festlegung der Verwendung des Vermögens bei Auflösung usw.) ist nur dann genügt, wenn der Verwendungszweck in der Satzung so genau bezeichnet ist, daß er auf seine Eigenschaft als gemeinnützig, mildtätig oder kirchlich i. S. der §§ 17—19 StAnpG. nachgeprüft werden kann.

(RFH., Urt. v. 5. Juli 1938, VI a 59/37 S.)

Preußisches Oberverwaltungsgericht

33. §§ 9, 9 b, 9 c Ges. über Errichtung eines Unternehmens „Reichsautobahnen" v. 27. Juni 1933 (RGBl. II, 509) i. d. Fass. des ÄndG. v. 18. Dez. 1933 (RGBl. I, 1081); §§ 11 und 15 PrUmlegO. v. 21. Sept. 1920 (PrGS. 453) i. d. Fass. des Ges. v. 21. April 1934 (PrGS. 253) und des Ges. zur Beschleunigung der Umlegung v. 3. Dez. 1935 (PrGS. 143). Die Landeskulturbehörde ist zuständig, über alle Einwendungen zu entscheiden, die hinsichtlich der Neueinteilung des Umlegungsgebiets und der in ihm geordneten Verhältnisse, insbes. auch wegen der durch die Anlegung der Reichskraftfahrbahn erforderlich gewordenen Verlegung eines öffentlichen Weges, von einem Umlegungsbeteiligten erhoben werden. Wegen Nachteile, die infolge Verlegung eines öffentlichen Weges einem Umlegungsbeteiligten entstehen, kann Entschädigung nur dann verlangt werden, wenn dem Beteiligten an dem öffentlichen Wege ein über den Gemeingebrauch hinausgehendes subjektives Recht zusteht.

Der Landwirt M. ist am Umlegungsverfahren G. mit zwei Grundstücken, dem außerhalb des Orts G. an dem öffentlichen Wege von G. nach E. gelegenen Hofgrundstück und einer südlich des Ortes gelegenen Wiesenparzelle, beteiligt. Beide Grundstücke sind unverändert in alter Lage als Pläne 48 und 150 wieder ausgewiesen. Infolge der Anlage der Reichsautobahn ist der Weg E.—G. durchschnitten und durch die neu ausgewiesenen Wege 17 und 56, von denen der erstere über die Reichsautobahn geführt ist, ersetzt. Hierdurch ist die Entfernung von dem Hofgrundstück des M. zur Dorfmitte G. von 900 Meter auf 1400 Meter vergrößert worden. M. fühlt sich dadurch beschwert und beansprucht für den Schaden, der ihm in seinem Gewerbe als Hausschlächter durch die Mehrentfernung zum Dorf G. erwachse, eine Kapitalentschädigung von 5000 *RM*. Der Kulturamtsvorsteher wies den Entschädigungsanspruch als unbegründet ab. Er führte dabei aus, die am Umlegungsverfahren Beteiligten könnten nur Ansprüche erheben, die sich aus § 11 UmlegO., mithin aus der Art der Abfindung, herleiten ließen. Zu einer ordnungsmäßigen Abfindung gehöre auch die Zukömmlichkeit zu und von dieser Abfindung zur Hofstelle. In dieser Beziehung sei der BeschwF. richtig abgefunden und habe auch Einsprüche nicht erhoben. Darüber hinaus könne er im Umlegungsverfahren keine weiteren Ansprüche geltend machen. Die gegen den Beschluß des Kulturamtsvorstehers erhobene Beschw. wies die Spruchkammer für Siedlung und Auseinandersetzung mit folgender Begründung zurück: Der BeschwF. habe im Umlegungsverfahren nur Anspruch auf ordnungsmäßige Abfindung nach Maßgabe des § 11 UmlegO. Hierzu gehöre auch die Entschädigung für eine Mehrentfernung, die sich dadurch ergebe, daß die in der Umlegung gewährte Landabfindung von der Hofstelle weiter entfernt sei als der frühere Besitz. Um einen solchen Anspruch handle es sich hier aber nicht, vielmehr werde aus der Mehrentfernung des Hofes zum benachbarten Dorfe G. infolge Verlegung eines öffentlichen Weges ein Entschädigungsanspruch hergeleitet. Vor den Auseinandersetzungsbehörden könne ein solcher Anspruch nicht geltend gemacht werden, zumal die Verlegung des in Betracht kommenden öffentlichen Weges keine Maßnahme der Umlegung darstelle, sondern auf der vom RegPräs. erteilten landespolizeilichen Genehmigung beruhe und die Mehrentfernung des Hofes zum Dorfe G. auch ohne Umlegungsverfahren entstanden wäre. Im übrigen begründe die Einziehung oder Veränderung der außerhalb der Ortschaft belegenen Verbindungswege keinen Entschädigungsanspruch, und zwar auch dann nicht, wenn an einem solchen Wege Gebäude errichtet worden seien.

Den Beschluß der Spruchkammer focht M. mit der Beschw. an und beantragte, ihm für Umwege und Wirtschaftsschädigung seines Hofgrundstücks eine angemessene Entschädigung zuzusprechen. Die Verlegung des öffentlichen Weges von G. nach E. stehe mit der Reichsautobahn in engem Zusammenhang. Nur durch deren Anlage sei die Verlegung des Weges notwendig geworden. Dadurch aber sei sein Hofgrundstück vollkommen vom Verkehr abgeschnitten. Daraus entstehe ihm ein erheblicher wirtschaftlicher Schaden. Es seien nicht allein die Umwege, die er jeden Tag zum Orte G. machen müsse, sondern sein Grundstück sei durch die Verlegung des öffentlichen Weges entwertet und er sei durch sonstige mit der Verlegung des Weges zusammenhängende Umstände auch wirtschaftlich geschädigt. Als kleiner Landwirt habe er unter den ihm zugefügten Schäden besonders schwer zu leiden. Diese Beschw. wies das OVG. zurück.

Dem Unternehmen „Reichsautobahnen" ist zur Erfüllung seiner Aufgaben das Enteignungsrecht verliehen (§ 9 Abs. 1 Ges. über die Errichtung eines Unternehmens „Reichsautobahnen" vom 27. Juni 1933 [RGBl. II, 509] i. d. Fass. des ÄndG. v. 18. Dez. 1933 [RGBl. I, 1081]). Nach § 9 Abs. 1 können die zum Bau der Kraftfahrbahnen erforderlichen Grundstücke im Umlegungsverfahren für das Unternehmen „Reichsautobahnen" ausgeschieden werden. Die zuständige Landesbehörde, in Preußen die Landeskulturbehörde, kann die Durchführung des Umlegungsverfahrens auch ohne die Zustimmung der Beteiligten von Amts wegen anordnen (§ 9 b Abs. 1 Satz 2). Bei Anwendung dieser Bestimmungen versieht die Landeskulturbehörde als die zur Durchführung des Umlegungsverfahrens berufene Behörde die Aufgaben, die sonst der Enteignungsbehörde zufallen. Im vorl. Falle ist zur Aufbringung und Ausscheidung der zum Bau der Kraftfahrbahn erforderlichen Grundstücke sowie zur Milderung der wirtschaftlichen Störungen, die durch die Anlegung der Bahn und das Durchschneiden landwirtschaftlich genutzter Grundstücke hervorgerufen sind, das Umlegungsverfahren eingeleitet (§ 2 des Auseinandersetzungsplans), das nach den Vorschriften der PrUmlegO. v. 21. Sept. 1920 i. d. Fass. des Ges. v. 21. April 1934 (PrGS. 253) und des Ges. zur Beschleunigung der Umlegung v. 3. Dez. 1935 (GS. 143) durchzuführen ist. Die Landeskulturbehörde ist somit berufen, über alle Einwendungen, die hinsichtlich der Neueinteilung des Umlegungsgebiets und der in ihm geordneten Verhältnisse, insbes. auch wegen der Änderung bestehender Wege, einschließlich öffentlicher Wege, von einem Umlegungsbeteiligten erhoben werden, zu entscheiden. Hiernach ist die Zuständigkeit der Landeskulturbehörde zur Entscheidung über die vorl. Beschw. gegeben.

Der vom BeschwF. erhobene Anspruch konnte aber, allerdings aus anderen Gründen als im Beschlusse der Spruchkammer angegeben, nicht als berechtigt anerkannt werden. Nach § 11 UmlegO. ist der BeschwF. für die von ihm eingeworfenen Grundstücke vollwertig abzufinden. Zu den wertbeeinflussenden Eigenschaften gehört auch die Entfernung der Abfindungsgrundstücke vom Wirtschaftshofe, die im wesentlichen der mittleren Entfernung der alten Besitzstücke vom Wirtschaftshof entsprechen muß (vgl. § 15 UmlegO.). In dieser Hinsicht hat der BeschwF., der seinen alten Besitz in unveränderter Lage und Größe zurückerhalten hat, keine Einwendungen erhoben. Zu prüfen ist lediglich, ob er wegen der bemängelten Mehrentfernung seines Hofgrundstücks (Plan 48) vom Dorfe G. infolge der durch die Anlegung der Autobahn notwendig gewordenen Verlegung des öffentlichen Verbindungsweges von G. nach E., an dem sein Gehöft lag, eine Entschädigung verlangen kann. Der Verbindungsweg von G. nach E. ist ein seit vielen Jahren bestehender öffentlicher Weg, an dem das zu einem Heimstättengrundstück gehörende Haus des BeschwF. erst in neuerer Zeit errichtet worden ist. An diesem öffentlichen Wege steht dem BeschwF. der Gemeingebrauch zu, wie er sich aus der bestimmungsgemäßen Benutzung eines öffentlichen Weges, wozu auch die Anbaumöglichkeit gehört, für jedermann ergibt. Der Gemeingebrauch gewährt nun aber kein Recht darauf, daß der öffentliche Weg für alle Zeiten in seiner Lage unverändert bestehen bleibt. Wegen einer Verlegung des Weges oder einer sonstigen Beeinträchtigung des Gemeingebrauchs kann deshalb ein Entschädigungsanspruch nicht erhoben werden. Nur derjenige, dem ein über den Gemeingebrauch hinausgehendes subjektives Recht an einem öffentlichen Wege zusteht, könnte, wenn dieses Recht durch die Verlegung des Weges beeinträchtigt würde, Schadensersatz beanspruchen. Der BeschwF. hat das Bestehen eines subjektiven Rechtes an dem Verbindungswege von G. nach E. nicht dargetan, auch nicht behauptet. Er kann daher wegen des durch die Verlegung dieses öffentlichen Weges eingetretenen Entfernungsnachteils hinsichtlich der Verbindung von seinem Gehöft zum Dorfe G. oder wegen etwaiger sonstiger Nachteile, die ihm durch die Verlegung des Weges erwachsen, keine Entschädigung verlangen. Diese bei Enteignungen allgemein geltenden Grundsätze müssen mangels abweichender Bestimmungen der UmlegO. auch dann gelten, wenn an Stelle der ordentlichen Enteignungsbehörde die Landeskulturbehörde über die durch die Anlegung der Reichskraftfahrbahn eingetretenen Verkehrsbeeinträchtigungen zu befinden hat. Denn es kann nicht der Wille des Gesetzes sein, daß die Beteiligten in einem nach § 9 b und c Ges. v. 18. Dez. 1933 durchgeführten Umlegungsverfahren weitergehende Entschädigungsansprüche geltend machen könnten als in einem ordentlichen Enteignungsverfahren.

Hiernach war im Ergebnisse der Spruchkammer beizupflichten und die Beschw. gegen deren Entscheidung zurückzuweisen.

(PrOVG., 10. Sen., Entsch. v. 16. Sept. 1937, X L 13/37.)

Hauptschriftleiter: Rechtsanwalt Rudolf Hensen, Berlin W 35, Lützowufer 18 II. Stellvertreter: Schriftleiter Rudolf Leppin, Berlin. Anzeigenleiter: Paul Goldstein, Leipzig C 1, Dresdner Str. 11/13. Durchschnittsauf. 3. Vj. 38: 20000. Druck: Oscar Brandstetter, Leipzig. Verlag: W. Moeser Buchhandlung, Leipzig.